7. Ethvert afsætningssystem, som hviler på en udvælgelse af salgssteder, indebærer nødvendigvis, at de grossister, som hører til salgsnettet, forpligtes til kun at levere til autoriserede videreforhandlere, og at den pågældende producent skal kunne kontrollere, om denne forpligtelse overholdes. Så længe de påtagne kontrolforpligtelser ikke går ud over, hvad det tilstræbte mål nødvendiggør, kan dette ikke i sig selv udgøre en konkurrencebegrænsning, men er en biforpligtelse, som skal medvirke til at sikre hovedforpligtelsens opfyldelse. I det omfang de imidlertid skal sikre opfyldelsen af mere byrdefulde forpligtelser, falder de under forbudet i artikel 85, stk. 1, medmindre de i givet fald sammen med hovedforpligtelsen fritages efter artikel 85, stk. 3.
8. Funktionsdelingen mellem grossister og detailhandlere i den forstand, at det er forbudt grossisterne at levere til private forbrugere, herunder endelige storforbrugere, er principielt foreneligt med kravet om, at konkurrencen ikke må fordrejes.
9. Det er ikke en grossists opgave at fremme én bestemt producents produktion, men at sikre en levering til detailhandelen under udnyttelse af konkurrencen mellem producenterne, således at de af en grossist påtagne forpligtelser, som begrænser hans frihed i denne henseende, udgør konkurrencebegrænsninger, der omfattes af artikel 85, stk. 1.
10. Forpligtelsen for ikke-specialgrossister til at oprette en særlig afdeling skal sikre, at de pågældende artikler sælges under for forbrugerne gunstige forhold og er derfor ikke en konkurrencebegrænsning i den i artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning; derimod rækker forpligtelsen til at opnå en omsætning, der kan sammenlignes med en specialgrossists, udover de kvalitetskrav, der kendetegner et selektivt salgssystem, og denne forpligtelse må derfor bedømmes i henhold til artikel 85, stk. 3.

I sag 26/76

METRO SB-GROSSMÄRKTE GMBH & CO. KG, Schlüterstraße 3, 4 Düsseldorf, repræsenteret af advokat von der Osten, Düsseldorf, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Robert Elter, 11, Boulevard Royal,

sagsøger,

og

VERBAND DES SB-GROSSHANDELS E.V., Theaterstraße 8, 3 Hannover, repræsenteret af advokat Bartholatus, Hamburg, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Robert Elter, 11, Boulevard Royal,

intervenient,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, repræsenteret af medlem af Kommissionens juridiske tjeneste Dieter Oldekop og med valgt adresse i Luxembourg hos Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

sagsøgt,

og

SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne) Villingen, Schwenningen, repræsenteret af advokat Christian Hootz, Stuttgart, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georges Reuter, 12, rue Notre Dame,

intervenient,

angående annullation af beslutningen af 15. december 1975 fra Kommissionen for De europæiske Fællesskaber om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/847-SABA, EFT L 28 af 3. 2. 1976, s. 19),

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: præsidenten H. Kutscher, afdelingsformændene M. Sørensen og G. Bosco, dommerne A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe og A. Touffait,

generaladvokat: G. Reischl
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingernes forløb, parternes påstande og anbringender kan sammenfattes således:

I — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

Firmaet Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne (herefter SABA), hvis hjemsted er Villingen-Schwenningen i Forbundsrepublikken Tyskland, fremstiller artikler inden for underholdningselektronikken (radio og fjernsynsmodtagere samt båndoptagere). Artiklerne sælges gennem et net af kontrakter og aftaler mellem firmaet og eneforhandlere, specialgrossister og specialdetailhandlere, der til sammen udgør et selektivt salgssystem. I den anfægtede beslutning af 15. december 1975 udstedte Kommissionen en negativattest efter arti-

kel 2 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1963-1964, s. 50; org.ref. JO 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62) for visse særlige dele af denne ordning, og for resten af ordningen modtog firmaet en fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, som under visse betingelser gælder indtil den 21. juli 1980.

Efter de ændringer, som systemet udsattes for som følge af Kommissionens interventioner, fremstår dette salgssystem i den anfægtede beslutning som et ensartet salgssystem for hele Fællesskabets område, hvis vigtigste træk er følgende:
1) samarbejde mellem SABA og selskabets eneforhandlere og grossister;
2) et begrænset antal videreforhandlere;
3) producentens fastlæggelse af salgskanalerne (den anfægtede beslutnings punkt 3).

Systemet består for Forbundsrepublikkens og Vestberlins vedkommende af et net af autoriserede grossister og detailhandlere og for de øvrige medlemsstaters vedkommende — med undtagelse af Irland — af eneforhandlere, som på deres side står i forbindelse med autoriserede grossister, under alle omstændigheder med autoriserede detailhandlere.

De kontrakter og aftaler, som er indgået mellem SABA og de forskellige handlende i dets salgsnet, kan beskrives således:

a) De tyske grossister autoriseres kun, hvis de indvilliger i at underskrive de tre formularer, som gennemgås nedenfor, og desuden opfylder betingelserne under punkt 4.

1. *En såkaldt samarbejdsaftale,* hvori de forpligter sig til at indgå halvårlige leveringskontrakter med SABA til at aftage de aftalte artikler rettidigt og til at opnå en omsætning, som SABA anser for tilfredsstillende. Selskabet på sin side forpligter sig til at rådføre sig med selskabets grossister med henblik på udformningen af dets produktionsprogrammer (den anfægtede beslutning: punkterne 14 og 40).

2. Et »*Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler*«, som består af to dele. I *den første* forpligter grossisten sig til på Forbundsrepublikken Tysklands og Vestberlins område kun at levere til grossister og til detailhandlere, som er autoriseret af SABA, hvilket forudsætter, at disse opfylder visse betingelser og har erklæret sig rede til at præstere de ydelser, som SABA kræver, for at man kan få status som SABA-grossist eller -detailhandler. Forpligtelserne i denne første del svarer hovedsagelig til de forpligtelser, som SABA i det under punkt 3 omtalte dokument pålægger sine grossister for hele fællesmarkedets vedkommende.

Anden del af dette »Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler« indeholder supplerende forpligtelser, som kun gælder for salget på det tyske marked, og som skyldes den til grund for tysk lov og retspraksis liggende sondring mellem grossistens og detailhandlerens opgaver. I medfør heraf er det forbudt tyske grossister at sælge til *private, endelige brugere* i Forbundsrepublikken Tyskland og i Vestberlin (den anfægtede beslutnings punkt 34).

Derimod kan de levere til endelige erhvervsmæssige brugere, dvs. til erhvervsvirksomheder, som kun udnytter de hos grossisterne indkøbte artikler til sådanne erhvervsmæssige formål, som er egnede til at øge virksomhedens rentabilitet, og som i en kontrakt kaldet »SABA Sonderverpflichtungsschein« skriftligt har forpligtet sig til at overholde disse betingelser. Kontrolforanstaltninger er foreskrevet. Derimod er det ikke tilladt grossisten at levere til endelige institutionelle brugere (hospitaler, skoler, kaserner).

3. »EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler«, som omhandler grossisters salg i hele fællesmarkedet.
Denne kontrakt indeholder for hele fællesmarkedet en forpligtelse til ikke at levere til andre grossister eller detailhandlere end dem, som opfylder de af SABA fastsatte betingelser for autorisation og en forpligtelse til at foranstalte kontrolfor-

anstaltninger eller give tilladelse hertil. Herved gentager denne kontrakt hovedsagelig de forpligtelser, som gælder for Forbundsrepublikken Tyskland, og som allerede er beskrevet i første del af den under punkt 2 anførte formular.

4. SABA har over for Kommissionen erklæret, (beslutningens punkt 9) at selskabet principielt er rede til at levere til alle grossister i Forbundsrepublikken Tyskland, som underskriver samarbejdsaftalen og »SABA-Verpflichtungsschein« og opfylder følgende betingelser:

a) driver en specialforretning, dvs. at mere end 50 % af deres omsætning hidrører fra salget af elektriske artikler, eller som har en særlig elektronisk afdeling, hvis omsætning kan sammenlignes med en specialgrossists;
b) vil deltage i opbygningen og konsolideringen af SABA-salgsnettet;
c) vil deltage i SABA-servicesystemet.

SABA forpligter sig på sin side over for enhver grossist til at sørge for, at dette salgssystem ikke overtrædes af de andre (beslutningens punkt 17). Desuden stiller systemet de handlende frit med hensyn til prisfastsættelse, med hensyn til at levere i hele fællesmarkedet og med hensyn til at foranstalte såkaldte horisontale (grossist til grossist, detailhandler til detailhandler) eller modsatte leveringer (detailhandler til grossist).

b) SABA har *eneforhandlere* i hvert enkelt af de øvrige medlemsstater — med undtagelse af Irland. I Frankrig, i Det forenede Kongerige og i Italien er der tale om filialer af SABA. Eneforhandlerne i Belgien, storhertugdømmet Luxembourg, Danmark og Nederlandene underskriver eneforhandlingskontrakter (beslutningens punkt 13), som forener det væsentlige i samarbejdsaftalerne og »SABA-Verpflichtungsscheine«, og som navnlig indeholder en forpligtelse til kun at sælge til autoriserede grossister eller detailhandlere.

c) *Detailhandlere i såvel Forbundsrepublikken Tyskland som i de øvrige medlemsstater* må for at blive autoriseret underskrive en aftale, som benævnes »EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler«. De forpligter sig heri til at opnå en rimelig omsætning ved salg af SABA-artikler, til at opretholde et tilsvarende lager, til at udstille SABA-artikler på repræsentativ måde og til at råde over et salgslokale, der er egnet til reklame for og demonstration af SABA-artikler, til at yde kunderne passende teknisk service og kun levere til andre SABA-videreforhandlere (grossister eller detailhandlere), hvis disse er autoriserede SABA-sælgere. Der skal føres regnskab med enhver levering til andre autoriserede videreforhandlere, som muliggør en kontrol. Det fremgår *desuden,* skønt kun forudsætningsvis, af denne aftale, navnlig af dens artikel 2, at man for at blive autoriseret som SABA-specialdetailhandler desuden må a) drive en specialforretning, dvs. at mere end 50 % af detailhandlerens omsætning hidrører fra elektronisk underholdning eller handel med andre elektriske artikler, eller have oprettet en særlig afdeling for elektroniske underholdningsartikler; b) hvis man køber direkte fra SABA (altså uden grossister som mellemled) forpligte sig til at indgå langtidsleveringskontrakter, som omfatter hele SABA-sortimentet.

Detailhandlere og grossister er frit stillet med hensyn til prisfastsættelse, de kan sælge i hele Fællesskabet, og de har ret til at sælge artikler, som konkurrerer med SABA's.

Salgsbindingen ved det tvungne salgssystem karakteriseres således af fire hovedtræk (beslutningens punkt 11):

1. Salget sker ved udvalgte og autoriserede grossister og detailhandlere og eneforhandlere.
2. Disse videreforhandlere forpligter sig til inden for fællesmarkedet kun at levere til andre videreforhandlere, hvis disse er autoriserede, og de indvilliger i at foranstalte og underkaste sig strenge kontrolforanstaltninger, som skal sikre, at denne forpligtelse overholdes; de tyske grossister forpligter sig til ikke i Forbundsrepublikken

Tyskland at levere til private endelige forbrugere.
3. Disse grossister, detailhandlere og forhandlere forpligter sig til ikke at udføre SABA-artikler til eller indføre dem fra lande uden for Fællesskabet.
4. Grossister og detailhandlere forpligter sig til at opnå en rimelig omsætning og opretholde et lager af SABA-artikler.

Kommissionen anførte i sin beslutning af 15. december 1975:
1. at begrænse salget af artiklerne alene til autoriserede sælgere har til formål og til følge føleligt at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet (beslutningens punkt 24);
2. det følger af den objektive karakter af de anvendte kriterier, at der ikke sker nogen begrænsning af konkurrencen i artikel 85, stk. 1's forstand, for så vidt som alle sælgere, som opfylder disse betingelser, faktisk autoriseres (beslutningens punkter 27 og 28);
3. der foreligger dog en sådan begrænsning, for så vidt som udvælgelsen ikke kun afhænger af kvalitative kriterier, som skal sikre et salg til forbrugeren under gode forhold, men også af særlige forpligtelser, som intet har at gøre med salget af de pågældende artikler (en rimelig omsætning, tilstrækkeligt lager) (beslutningens punkt 29);
4. de forpligtelser, som pålægges forhandlerne, for at SABA kan kontrollere, at der ikke leveres til en ikke-autoriseret forhandler udgør også en forpligtelse, som har til formål og til følge at begrænse og fordreje konkurrencen, for så vidt som de skal sikre, at forhandlerne overholder begrænsninger, som er forbudt i henhold til artikel 85, stk. 1. Disse forpligtelser begrænser desuden valgfriheden for forbrugerne samt for de forhandlere, der er i stand til at sælge artikler inden for underholdningselektronikken, men som ikke er autoriseret af SABA (beslutningens punkt 30).
5. Endelig en sidste konkurrencebegrænsning, som falder ind under artikel 85, stk. 1: SABA's forpligtelse til kun at levere til de nationale eneforhandlere og at respektere de områder, for hvilke eneforhandlerne har forpligtet sig i henhold til standardaftalen om eneforhandling (beslutningens punkt 32).

De forskellige bestemmelser, som udgør hele det nævnte forhandlingssystem, bedømmes således forskelligt i den anfægtede beslutning. Nogle bestemmelser er genstand for en negativattest, som fastslår, at de ikke overtræder forbudet i artikel 85, stk. 1, andre er genstand for en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

Negativattesten vedrører »betingelserne for salg på hjemmemarkedet« (beslutningens artikel 1). Heraf omfattes åbenbart de bestemmelser, som omhandles i punkt 34 (de tyske grossisters forbud mod i Forbundsrepublikken Tyskland at levere til private, endelige brugere), punkt 35 (forbud mod at eksportere ud af Fællesskabet) og punkt 36 (salgsbetingelserne, som omfatter størstedelen af de forpligtelser for grossister og detailhandlere, som er indeholdt i formularerne »Verpflichtungsschein Vertriebsbindung«).

Fritagelsen efter artikel 85, stk. 3, omfatter hovedsagelig samarbejdsaftalerne og *visse* dele af de forskellige »Verpflichtungsscheine«, nemlig detailhandlernes forpligtelse til at føre et så fuldstændigt SABA-sortiment som muligt, at opnå en rimelig omsætning og opretholde hertil svarende lagre (beslutningens punkt 29), samt forpligtelsen for såvel eneforhandlerne som grossisterne og detailhandlerne til ved levering til en anden videreforhandler at kontrollere, om denne er autoriseret SABA-forhandler.

Sagsøger driver engrosselvbetjeningsvirksomhed efter det såkaldte »cash and carry«-system. Sagsøger yder ikke et vist antal ydelser, som normalt står til rådighed for køberen (kredit, levering, kundevejledning) og har herved opnået en nedsættelse af de generelle omkostninger og lavere priser. Adgang til Metro's butikker har alene detailhandlere (videreforhand-

lere eller forretningsdrivende) og institutioner, som i kraft af deres struktur vil dække et betragteligt erhvervsmæssigt behov i deres bedrift. Køberen skal være i besiddelse af et indkøbspas. Firmaet Metro's generelle salgsbetingelser forpligter blandt andet kunden til alene hos Metro at købe artikler til erhvervsformål i sin virksomhed. Herfra er dog undtaget indkøb af erhvervsmæssigt udstyr til virksomheden, som herefter kan anvendes til privat forbrug.

Metro, som SABA nægtede at levere sine artikler til, fordi selskabet ikke opfyldte betingelserne for at blive anerkendt som SABA-grossist, har ved telex af 7. november 1973 og indlæg af 9. november 1973, i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17, indgivet en klage til Kommissionen, hvori selskabet har anført, at systemet med bindende sagsaftaler var en overtrædelse af EØF-traktatens artikler 85 og 86 og fremsatte begæring om, at denne overtrædelse blev bragt til ophør.

Metro klagede først over forbudet mod »springende leveringer«, dvs. levering til endelige, erhvervsdrivende forbrugere i Tyskland, som SABA's salgsordning *dengang* medførte for grossisten.

Efter Kommissionens indgriben har SABA under den administrative procedure ændret den kontraktbestemmelse, som forbød springende levering, således at de tyske grossister fremtidigt på bestemte betingelser kan levere SABA-artikler til erhvervsdrivende endelige forbrugere, og det er kun levering til »institutioner« som kaserner, kirker, hospitaler og skoler, der fortsat er forbudt.

SABA har desuden efter Kommissionens anmodning udvidet begrebet grossist til også at omfatte selvbetjeningsgrossist, således at Metro har adgang til SABA's salgssystem, hvis firmaet opfylder de adgangsbetingelser, som gælder for andre grossister. SABA har desuden erklæret, at dets forhandlere frit kan afgøre, om de selv vil yde teknisk service efter salg eller overlade dette til kontraktligt forpligtede værksteder.

Metro har trods disse ændringer fastholdt sin opfattelse, at der er tale om en forskelsbehandling af selvbetjeningsengroshandelen, idet der opretholdes forskellige konkurrencebegrænsninger, som er unødvendige for gennemførelsen af de mål, der berettiger til en fritagelse efter artikel 85, stk. 3, nemlig:

1. forbudet for grossister mod at levere til institutionelle endelige forbrugere opretholdes;
2. kravet til endelige erhvervsdrivende brugere om, at den artikel, som de indkøber hos grossisterne, skal kunne fremme virksomhedens rentabilitet, opretholdes;
3. forpligtelsen for den endelige erhvervsdrivende bruger til at underskrive en erklæring, som det er urimeligt at forlange af ham, opretholdes;
4. forpligtelsen for grossisten med en særlig afdeling til at opnå en omsætning, der kan sammenlignes med en specialgrossists, opretholdes;
5. forpligtelsen til at underskrive en samarbejdsaftale opretholdes;
6. forpligtelsen for alle grossister til at deltage i opbygningen af og medvirke til konsolideringen af SABA's salgssystem, et krav, som er uantageligt for en selvbetjeningsengroshandel, opretholdes.

Kommissionen, som ikke fandt disse indvendinger begrundede, vedtog den 15. december 1975 den anfægtede beslutning, som meddeltes sagsøger samtidig med afvisningen af sagsøgers indvendinger i en skrivelse af 14. januar 1976.

Stævningen af 10. marts 1976 registreredes på Domstolens justitskontor den 11. marts 1976.

Ved kendelse af 5. Maj 1976 fik selskabet SABA på begæring tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgte.

Ved kendelse af 23. juli 1976 blev en af Metro indgivet begæring om foreløbige forholdsregler afvist.

Ved kendelse af 30. november 1976 fik »Verband des SB-Großhandels e.V.«

(sammenslutning af selvbetjeningsgrossister) tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøger.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet, at der ikke skal iværksættes bevisførelse.

II — Parternes påstande

Sagsøger har nedlagt følgende påstand:

»— Beslutningen fra Kommissionen for De europæiske Fællesskaber af 15. december 1975 — j.nr. K 75 1852, endelig — om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/847 SABA) og sagsøgtes afvisning den 14. januar 1976 af sagsøgers klage under den nævnte procedure annulleres.
Sagsøgte tilpligtes at afholde sagens omkostninger.«

Sagsøgte har nedlagt følgende påstand:

»— Frifindelse for den del af sagsøgers påstand, der går ud på annullation af Kommissionens beslutning af 15. december 1975.
— Afvisning for den resterende del af sagsøgers påstand, subsidiært frifindelse herfor.
— Sagsøger tilpligtes at afholde sagens omkostninger.«

Intervenienten SABA har tilsluttet sig Kommissionens påstande.

Intervenienten Verband des SB-Großhandels e.V. har tilsluttet sig sagsøgers påstand.

III — Parternes søgsmålsgrunde, indsigelser og øvrige anbringender

A — Vedrørende formaliteten

Ifølge Metro kan sagen tages under realitetsbehandling såvel med hensyn til skrivelsen af 14. januar 1976, som er rettet til selskabet, som med hensyn til beslutningen af 15. december 1975, som berører selskabet umiddelbart og individuelt, idet denne beslutning indebærer, at selskabet ikke kan indkøbe SABA-artikler og således altså er afskåret fra at handle med en stærkt efterspurgt vare.

Ifølge *Kommissionen* kan den del af sagen, som vedrører beslutningen af 15. december 1975 antages til realitetsbehandling, mens den anden del, som vedrører skrivelsen af 14. januar 1976, hvori den af sagsøger den 17. november 1973 indgivne klage forkastes, må afvises. De forhold, som sagsøger påklager, skyldes alene beslutningen. Skrivelsen af 14. januar 1976 ændrede ikke disse forhold og udgør altså ikke en beslutning efter artikel 173.

Ifølge *intervenienten SABA* er det tvivlsomt, om sagen, for så vidt som den angår beslutningen af 15. december 1975, kan tages under realitetspåkendelse. Denne beslutning berører ikke sagsøger umiddelbart, i hvert fald ikke individuelt, for beslutningen berører alle de erhvervsdrivende, som inden for fællesmarkedet kan være interesseret i at sælge SABA-artikler.

Sagsøger har hertil svaret, at den omstændighed, at selskabet har deltaget i den administrative procedure, beviser, at det var umiddelbart og individuelt berørt, hvilket navnlig fremgår af den omstændighed, at SABA støtter sit afslag på at sælge sine artikler til sagsøger på den anfægtede beslutning.

B — Vedrørende realiteten

I — Sagsøger har anført, at den omstridte beslutning strider mod EØF-traktatens artikel 85, navnlig stk. 3. Som Domstolen har lagt til grund (dom af 13. 7. 1966, foren. sager 56 og 58/64, Grundig Consten mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245), kan konkurrencebegrænsende aftaler kun fritages for forbudet i artikel 85, stk. 1, såfremt de opfylder de fire betingelser i stk. 3. Aftaler

skal altså 1) bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen eller fremme den tekniske udvikling, 2) sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, 3) ikke pålægge konkurrencebegrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, 4) ikke give de virksomheder, som er bundet af aftalerne eller er deltagere i en samordnet praksis, mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. Men SABA's salgssystem er blevet fritaget, skønt det i hvert fald ikke opfylder kravene i den anden, tredje og fjerde betingelse.

Med hensyn til den *anden betingelse* har Metro anført, at forbrugerne hovedsagelig er interesserede i en priskonkurrence, hvorimod det anfægtede system fører til, at prisstrukturen fastlåses i detailleddet. Der er kun op til 1 % prisforskel mellem SABA-specialdetailhandlerne. Endvidere bevirker forpligtelsen for grossisterne og detailhandlerne til (systematisk) at fremme salget af SABA-artikler og den hertil svarende forpligtelse til at opnå en bestemt omsætning, at forhandlerne hellere styrer deres kunder mod SABA's produkter end giver dem et frit valg.

Med hensyn til den *tredje betingelse* har Metro anført, at talrige begrænsende bestemmelser hverken er påkrævede eller nødvendige for at forbedre fordelingen af SABA-artikler. For at imødekomme forbrugerens interesse i en upåklagelig service, ville det være tilstrækkeligt, at systemet havde begrænset salget til forhandlere, som påviseligt kan sikre vedligeholdelsen, enten selv eller ved hjælp af kontrakt med et værksted. Det anfægtede system går ud over disse krav, idet det pålægger samarbejdsaftaler, kræver en repræsentativ udstilling, pålægger kontrolforanstaltninger i engrosleddet og forbyder levering til institutioner.

Med hensyn til den *fjerde betingelse* har Metro gjort gældende, at det anfægtede system udelukker selvbetjeningsengroshandelen, idet systemet navnlig pålægger samarbejdsaftaler og kontrolforpligtelser, krav som er uforenelige med karakteren af denne nye salgsteknik. Systemet udelukker endvidere de små detailhandlere, idet det indeholder for strenge, selektive betingelser (repræsentativ udstilling — lager). Men det er netop selvbetjeningsengroshandlerne og de små detailhandlere, som giver mulighed for den mest relevante form for konkurrence, nemlig konkurrencen på priser.

Metro har endvidere anført, at det ikke er forhandlernes opgave at befordre fabrikantens interesse men at give kunden det bedst mulige valg. Det anfægtede system er ifølge Metro så meget mere utilladeligt, som SABA indtager en dominerende stilling på markedet.

II — Kommissionen har i *svarskriftet* anført, at SABA's salgssystem trods enegrossisternes og eneforhandlernes snævre tilknytning til producenten er et åbent system, som navnlig selvbetjeningsgrossisterne kan få adgang til, og som er egnet til en fritagelse efter artikel 85, stk. 3.

De bestemmelser, som ikke kunne fritages (opdeling af markeder, forbud mod horisontale eller modsatte leveringer, dvs. leveringer grossist-grossist eller fra detailtil grossistleddet, udelukkelse af stormagasiner og rabat) er blevet ophævet. Navnlig er forbudet mod springende leveringer, altså levering direkte fra grossist til endelig forbruger, hvoraf tvisten mellem SABA og Metro udsprang, blevet ændret og begrænset til et forbud for grossisten mod at levere til private endelige brugere, mens leveringen til endelige erhvervsmæssige brugere fremtidigt er tilladt.

Kommissionen har henvist til sine tidligere beslutninger vedrørende selektive salgssystemer (KODAK, beslutning af 30. 6. 1970, JO L 147 af 7. 7. 1970, s. 24, OMEGA, beslutning af 28. 10. 1970, JO L 242 af 5. 11. 1970, s. 22, BMW, beslutning af 13. 12. 1974, JO L 29 af 3. 2. 1975, s. 1).

I disse besutninger er to af de vanskeligheder, som et selektivt salgssystem med-

fører, allerede blevet løst. Det fremgår heraf, at dels kan bestemmelser, som har til formål eller til følge, at nationale markeder afskærmes, ikke fritages, dels at forpligtelsen til afsætning gennem et begrænset antal specialforretninger (»Fachhandelsbindung«), som udvælges på grundlag af saglige men ikke diskriminerende kriterier, ikke omfattes af forbudet i artikel 85, stk. 1.

Vanskeligheden vedrørende en eventuel anvendelse af artikel 85, stk. 3, skyldes bestemmelser, som ikke vedrører forpligtelsen til afsætning gennem specialforretninger, men som sammen med denne forpligtelse udgør at samlet system: i dette tilfælde forpligtelserne i samarbejdsaftalen og betingelserne for at blive anerkendt som specialdetailhandler.

Med hensyn hertil fremgår det af Domstolens retspraksis (dom af 13. juli 1966, foren. sager 56 og 58/64, *Grundig Consten* mod *Kommissionen,* Sml. 1965-1968, s. 245), at Kommissionens skønsudøvelse på dette område nødvendigvis omfatter vanskelige økonomiske vurderinger, og at domstolsprøvelsen heraf må tage hensyn til vurderingernes karakter og begrænse sig til en undersøgelse af rigtigheden af de faktiske omstændigheder og Kommissionens retlige subsumption. Kommissionen har desuden understreget, at den ønskede fritagelse kun gælder for et relativt kort tidsrum (til den 21. 7. 1980).

Klagerne mod beslutningen af 15. december 1975 er efter Kommissionens mening uden grundlag. SABA's salgssystem nedskærer ikke antallet af forhandlere overdrevent og udelukker ikke konkurrence mellem anerkendte forhandlere. Kriterierne for at blive anerkendt som forhandler er objektive, således at SABA ikke kan påberåbe sig en forhandlers konkurrencepolitik som begrundelse for at nægte at levere til ham, hvis han opfylder kriterierne.

Endvidere er selvbetjeningsgrossister, som f.eks. sagsøger, i stand til at opfylde SABA's betingelser, uden at de derfor behøver at opgive deres grossistfunktion. Ganske vist har den snævre kreds af autoriserede forhandlere — i forhold til antallet af alle de forhandlere, som kan markedsføre SABA's artikler — bevirket, at dette system omfattes af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, men denne konkurrencebegrænsning har imidlertid gunstige virkninger, som ikke kan forbigås i tavshed.

Forhandlernes forpligtelse til navnlig at hellige sig markedsføringen af SABA-artiklerne medfører en øget konkurrence mellem SABA-artiklerne og andre mærker (inter-brand competition). Hertil kommer den konkurrence, som finder sted blandt SABA-forhandlerne indbyrdes (intra-brand competition). Kommissionen anerkender betydningen af nye salgsformer som selvbetjeningsengroshandelen, men betvivler visse af sagsøgers påstande vedrørende den prisfordel, som den medfører for forbrugeren. Denne omkostningsbesparelse må vurderes i forhold til den betydelige forbrugeroplysning, som findes inden for underholdningselektronikken.

Kommissionen har bestridt, at SABA's salgssystem fører til, at priserne i detailleddet låses fast. Man kan ikke, som sagsøger, herved støtte sig på rent lokale sammenligninger i et ret ensartet økonomisk område. I et sådant tilfælde kan et ensartet prisniveau nemlig netop være resultatet af en skarp konkurrence. Kommissionen har fremlagt skemaer, hvoraf den mener, det fremgår, at der i hele Forbundsrepublikken Tyskland gennemsnitligt er 30 %, endog helt op til 50 % eller mere forskel mellem den laveste salgspris og den højeste salgspris til den endelige forbruger for den samme artikel.

Efter at have gennemgået bestemmelserne i samarbejdsaftalen har Kommissionen anført, at grossisternes aftagerforpligelser kun gælder for et tidsrum af seks måneder, og at disse forpligtelser, modsat af det af sagsøger anførte, ikke omfatter nogen forpligtelse for grossisten til at

opnå en *betydelig* omsætning ved salg af SABA-artikler, men alene en rimelig omsætning ud fra de kriterier, som er angivet i den anfægtede beslutnings punkt 14. I øvrigt gælder denne betingelse kun direkte for specialgrossister, idet selvbetjeningsgrossister, som har åbnet en særlig afdeling, skal opnå en omsætning, som kan sammenlignes med en grossists, som har specialiseret sig i artikler inden for underholdningselektronikken.

Efter en rundspørge, som Kommissionen har foretaget hos de tyske SABA-grossister er disse særdeles glade for disse halvårlige leveringsaftaler, fordi grossisterne herved i forvejen får kontraktlig sikkerhed for en kontinuerlig levering. Metro SB har aldrig anført, at det ikke skulle kunne overtage en sådan forpligtelse. Endelig giver det relativt korte tidsrum, hvori leveringsforpligtelsen gælder, og de kriterier, som anvendes til beregning af leverancens omfang, ikke grundlag for at antage, at fabrikanten ikke længere løber nogen risiko med hensyn til afsætningen af hans artikler og ikke længere behøver tilpasse sig skiftende konkurrenceforhold. Kommissionen har anført, at samarbejdet mellem SABA og grossisterne indebærer en produktions- og salgspolitik, som svarer til markedets vilkår og forbrugernes ønsker.

Med hensyn til forbudet mod at levere til endelige institutionelle storaftagere (hospitaler, plejehjem m.m.) og de herved fornødne kontrolforanstaltninger, som efter sagsøgers mening er »praktisk uigennemførlige«, har Kommissionen anført, at dette forbud ikke indebærer, at engroshandelen skal opgive sin økonomiske struktur og heller ikke hindrer engroshandelen i at udføre en af sine vigtigste aktiviteter. Hvad kontrolforanstaltningerne angår, er sagsøger allerede af hensyn til de betingelser, som efter tysk retspraksis opstilles for at blive anerkendt som grossist, blevet tvunget til at indføre et kontrolsystem, som i det væsentlige skulle være tilstrækkeligt til at udskille de institutioner, hvortil der ikke må leveres SABA-artikler.

Sagsøger har endvidere anført, at det er uantageligt at forlange, at endelige erhvervsmæssige brugere, som ønsker at købe SABA-artikler, underskriver visse formularer, hvori de påtager sig visse forpligtelser med hensyn til anvendelsen af de indkøbte artikler. Denne bestemmelse skyldes dog direkte gældende lovbestemmelser for selvbetjeningsengroshandelen i Forbundsrepublikken Tyskland, som af konkurrencemæssige årsager indeholder en klar adskillelse mellem en grossists og en detailhandlers opgaver, og som gør status som grossist og de hermed følgende fordele betinget af, at der hovedsagelig leveres til videreforhandlere eller til endelige erhvervsmæssige brugere, hvorved indkøb til privatforbrug udelukkes.

Kommissionen har erkendt, at salg til endelige erhvervsmæssige brugere er en typisk grossistopgave, og den har derfor foranlediget, at forbudet herimod, som SABA pålagde sine grossister, blev ophævet. Forbudet mod salg til private endelige brugere er derimod i overensstemmelse med ønsket om at beskytte konkurrencestrukturen på detailplanet og er af denne årsag blevet opretholdt.

Med hensyn til grossistens forpligtelse til at lade den endelige erhvervsmæssige bruger underskrive en formular, hvorefter denne udelukkende anvender SABA-artiklerne til erhvervsformål, »som kan fremme virksomhedens rentabilitet«, er formålet hermed at forhindre, at den endelige erhvervsmæssige bruger ligeledes køber ind til eget privatbrug hos grossisten. Denne risiko er særlig stor i selvbetjeningsengroshandelen og efter tysk retspraksis skal den tyske grossist drage omsorg for, at den ikke overskrider en vis tilladt margen.

Kommissionen indser ikke, hvorfor forpligtelsen til at underskrive den nævnte formular skulle møde en uforstående holdning hos de endelige brugere, som reelt har til hensigt at anvende de indkøbte artikler til erhvervsformål. Denne formular er særdeles hensigtsmæssig og er tilstrækkelig konkret til, at selvbetje-

ningsgrossisterne uden større vanskelighed kan kontrollere den.

Forhandlernes forpligtelse til at opnå en passende omsætning er blevet fritaget, fordi den medfører, at salget rationaliseres, at markedet bearbejdes mere intensivt, samt at afsætningen fremmes. Størrelsen af denne omsætning fastsættes ud fra hver enkelt forhandlers muligheder og SABA's omtrentlige markedsandel i det pågældende område i forhold til deres salg af øvrige fabrikanters artikler.

Den krævede omsætningsfremgang fastsættes også efter objektive og *tilladte* kriterier. Formålet med disse forpligtelser er på samme måde at tilskynde forhandlerne til intensivt at gå ind for salget af SABA-artiklerne inden for grænserne af deres afsætningsmuligheder.

Forpligtelsen til at udstille SABA-artiklerne på repræsentativ måde skal hindre, at SABA-artiklerne omgives af andre artikler, som kan genere deres præsentation i salgsøjemed. Også små forhandlere kan opfylde denne forpligtelse.

III — *Intervenienten SABA* har først anført, at sagsøger ikke kan påberåbe sig benævnelsen grossist. Trods Metro's erklæringer er adgangen til dets salgslokaler ikke udelukkende forbeholdt erhvervsdrivende, og under alle omstændigheder sælger det ikke udelukkende varer til erhvervsformål.

På den ene side udstedes indkøbspas for afdelingen for levnedsmidler til ikke-erhvervsdrivende institutioner, som udelukkende anvender det til eget brug. For så vidt erhvervsdrivende på den anden side faktisk dækker deres behov hos Metro, er det hovedsagelig som private, endelige brugere, og deres indkøb består hovedsagelig af artikler uden for deres egen branche. Ingen radioforhandler køber ind til sin bedrift hos Metro, hvis priser er for høje, og som ikke yder nogen efterfølgende service.

Endvidere overtræder Metro de betingelser, som i tysk lov opstilles for status som grossist, og Metro forsøger ved nærværende sag at afværge de trusler, som hviler over dets salgsform.

Intervenienten har anført, at Metro's klager kun vedrører to af de betingelser for fritagelse, som artikel 85, stk. 3, opstiller: nemlig at forbrugerne ikke sikres en rimelig andel af fordelen ved salgssystemet, og at salgssystemet skulle give mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. SABA har med hensyn til disse to punkter anført, at det i Forbundsrepublikken Tyskland har cirka 100 grossister og omtrent 9 000 detailhandlere som SABA-forhandlere. Hertil skal lægges antallet af SABA-forhandlere i de øvrige fællesmarkedslande, som alle konkurrerer indbyrdes. Endvidere er SABA, som kun har en lille markedsandel i Forbundsrepublikken Tyskland, udsat for konkurrence fra andre producenter inden for samme sektor. Det fremgår klart af prissammenligninger for hele Forbundsrepublikken, hvor hård konkurrencen er mellem SABA-forhandlerne.

IV — Metro har i *replikken* anført, at det hovedsagelig er de to nedenfor nævnte forhold, som ligger til grund for dens sagsanlæg.

A — Kommissionen har ved at lægge de kendsgerninger, som den anfører i den anfægtede beslutning, til grund for fritagelsen efter artikel 85, stk. 3, udøvet sit skøn i strid med lovgivers vilje.

B — Kommissionen er gået ud fra forhold, som ikke uden klart bevis kunne tages for givne.

Ad A — Kommissionens skønsudøvelse er behæftet med følgende mangler:

1. Kommissionen har ikke taget i betragtning, at SABA's selektive salgssystem kun tilsyneladende arbejder med kvalitative kriterier, men reelt fører til sådant et valg af forhandlere — grossister og detailhandlere — at der ikke længere er anledning til at frygte en mærkbar konkur-

rence på priserne. SABA når dette resultat ved at udelukke selvbetjeningsgrossister og de detailhandlere, hvor der er størst sandsynlighed for lavere prisfastsættelse.

2. Kommissionen går med urette ud fra, (s. 13 i svarskriftet), at den mulige påvirkning af priskonkurrencen udlignes af den omstændighed, at SABA-forhandlerne konkurrencemæssigt styrkes over for forhandlere af andre mærker. Det er ukorrekt, at den mindskede konkurrence mellem SABA-forhandlerne indbyrdes (intra-brand) skærper konkurrencen på mærkerne (inter-brand), og under alle omstændigheder ses dette ikke at komme forbrugeren til gode.

3. Kommissionen har ikke taget hensyn til, at det ved SABA-artikler drejer sig om produkter med særdeles høj kvalitet. Dette medfører, at forbrugerne kun ugerne vælger andre artikler, hvilket indebærer, at forhandlerne er nødt til at råde over et komplet varesortiment, som navnlig omfatter SABA-artikler. Dette er anerkendt af Bundesgerichtshof i sagen »Rossignol« af 20. november 1975 (WuW 1976, s. 279).

4. Kommissionen har undladt at tage hensyn til, at SABA's salgspolitik kun er en del af et system, som på tilsvarende vis anvendes af de dominerende producenter inden for underholdningselektronikken.

Ad B — Kommissionen har lagt omstændigheder til grund, som ikke eller kun utilstrækkeligt er bevist.

1. Det er ukorrekt at hævde, at de endelige, »institutionelle« brugere (skoler, kaserner, hospitaler ...) ikke driver erhvervsvirksomhed. Enhver handel, som ikke har til formål at opfylde private behov, er ifølge sagsøger erhvervs- eller forretningsmæssig.

2. Kommissionen går fejlagtigt ud fra (svarskriftet ss. 24-25), at sagsøger, når det kontrollerer, hvilken slags kunder det er, som henvender sig til det, nøjedes med at anmode om en skriftlig erklæring om, at varerne udelukkende er købt til brug for deres virksomhed. Sagsøger foretager et vist antal kontrolforanstaltninger, men protesterer mod de supplerende kontrolforanstaltninger, som alene kræves for SABA-artikler, og hvis formål ifølge sagsøger er at udelukke selvbetjeningsengroshandelen.

3. Modsat Kommissionens opfattelse udgør selvbetjeningsengroshandelen på grund af manglende transport- og kreditomkostninger en særdeles gunstig leveringsform for små handlende, fordi de kan indkøbe billigere og, ved selv at sørge for transporten, nedskære transportomkostningerne.

4. Det er heller ikke korrekt, som Kommissionen har anført, at »i sammenligning med de gældende priser inden for den traditionelle specialiserede engroshandel og navnlig under hensyn til de supplerende ydelser, som denne tilbyder ... er sagsøgers priser ikke særlige gunstige for videreforhandlere« (svarskriftet s. 14). Sagsøger har anført, at det ikke ville kunne have en omsætning på 100 mill. DM om året inden for underholdningselektronikken, hvis dets priser ikke var gunstige.

Publikationen »Markt intern«, som navnlig intervenienten SABA har anført til støtte for påstanden om, at Metro ikke kan betegnes som grossist (bilag 2, 4, 6 til 13 og 15 i intervenientens indlæg) har gentagne gange gjort opmærksom på sagsøgers gunstige priser.

Disse priser kunne ifølge sager blive endnu gunstigere, hvis ikke alle de betydeligste fabrikanter havde sammensvoret sig om at hindre levering til sagsøger.

5. Det er ukorrekt eller i hvert fald utilstrækkeligt, når Kommissionen hævder (svarskriftet ss. 2 og 16), at SABA konkurrerer med mere end 20 andre tyske fabrikanter. I virkeligheden er der kun 8 firmaer, som spiller en rolle inden

for det pågældende marked (i rækkefølge efter størrelse: Grundig, Philips, Telefunken, Nordmende, SABA, Blaupunkt, Loewe-Opta, Schaub-Lorenz), som alle praktiserer en salgsbinding, som er rettet mod selvbetjeningsengroshandelen.

6. Kommissionen har med urette lagt de dokumenter, som SABA har fremlagt (SABA-Preisspiegel, svarskriftet, bilag 7) til grund for sin antagelse af, at der mellem SABA-detailhandlerne er en priskonkurrence, som medfører prisforskelle på 30—40 % eller 50 %. Sagsøger har bestridt, at det prisskema, som SABA i egen interesse har fremlagt, er repræsentativt. Under alle omstændigheder er det marked, som er relevant med hensyn til at foretage en prissammenligning ikke hele Forbundsrepublikkens område, men de enkelte regionale markeder, idet en kunde i Düsseldorf overhovedet ikke interesserer sig for priserne i Frankfurt eller Oberammergau. Hvis man betragter de enkelte lokale markeder, er der kun tale om særdeles små prisforskelle. Dette skyldes navnligt, at de kriterier, der anvendes i SABA's udvælgelsessystem, lagermulighederne, den repræsentative karakter, etc.... giver mulighed for kun at anerkende de største lokale erhvervsdrivende som SABA-forhandlere, altså dem som har interesse i ikke at konkurrere på priserne. Resultatet heraf er, at der på hvert af disse regionale markeder hersker oligopol-lignende forhold. Sagsøger har anmodet om, at Domstolen beordrer intervenienten til at fremlægge en liste over SABA-specialdetailhandlere med oplysning om deres præcise adresse, således at der her ud fra kan foretages en tilsvarende undersøgelse.

7. Ifølge sagsøger er det i strid med alle erfaringer, når Kommissionen antager, at samarbejdet mellem producenten og forhandleren kommer forbrugeren til gode. Dette samarbejde, som har virkninger helt ned til detailhandelsniveauet, lammer priskonkurrencen og afskærer forhandleren fra at give kunden en neutral og objektiv oplysning om kvaliteten af de tilbudte artikler.

Sagsøger har herefter fremført sine bemærkninger til indlægget fra intervenienten SABA. Sagsøger har udførligt forklaret, hvorledes dets selvbetjeningssalgssystem fungerer og er fremkommet med præciseringer angående den kontrol, som sagsøger udøver med hensyn til købernes erhvervsmæssige status.

Sagsøger har bestridt bevisværdien af de dokumenter, hvori intervenienten SABA søger at godtgøre, at Metro overtræder de betingelser, som tyske lovregler stiller for at opnå status som grossist.

V — Kommissionen har i *duplikken* anført, at sagsøger med urette har betegnet sine anbringender som vedrørende magtfordrejning, selv om der er tale om anbringender vedrørende overtrædelse af traktaten, som bør behandles som sådanne. Efter Kommissionens mening kan disse anbringender sammenfattes således:

Den anfægtede beslutning hævdes at være en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 3, fordi det af Kommissionen godkendte selektive salgssystem skulle medføre, at selvbetjeningsengros- og detailhandelen udelukkes fra systemet, hvorved konkurrencen på priser bortfalder.

Kommissionen har på ny bestridt, at den anfægtede beslutning efter dens ændringer skulle kunne bevirke, at selvbetjeningsengroshandelen og detailhandelen udelukkes.

Systemets kontrolforanstaltninger, som dels indeholder visse erklæringer vedrørende de endelige erhvervsdrivende brugeres anvendelse af artiklerne (den anfægtede beslutnings punkt 15), dels udelukker direkte leveringer fra grossister til endelige institutionelle brugere, går ikke ud over det nødvendige og medfører ikke, at sådanne foretagender som sagsøgers faktisk udelukkes. Erklæringen er udformet således, at alle sagsøgers kunder ville kunne underskrive den uden vanskeligheder, hvis ellers de indkøbte artikler virkeligt skal anvendes i deres virksom-

hed. Det er i øvrigt ukorrekt at antage, at det er SABA's salgssystem, som forpligter Metro til at foranstalte en særlig kontrol ved varernes udgang. Foruden den kontrol, som foretages ved kassen (priskontrol, udfærdigelse af regninger og garantierklæringer), har sagsøger selv allerede foranstaltet en »endelig kontrol« inden for rammerne af de forpligtelser, som de tyske lovregler foreskriver.

Den omstændighed, at der ikke må leveres til såkaldte »institutionelle« købere, bør heller ikke rejse problemer og bør hverken hindre SABA-grossister eller sagsøger i faktisk at udøve betydelig grossistvirksomhed. Sagsøger kan i øvrigt ikke levere til disse institutioner, idet sagsøger selv betegner sig som »indkøbscenter for videreforhandlere og endelige erhvervsmæssige brugere«, en status som nævnte institutioner åbenlyst ikke besidder.

Ifølge direktiv nr. 64/223/EØF af 25. februar 1964 (EFT 1963-1964, s. 115; org.ref. JO af 4. 4. 1964, s. 803/64) kan disse institutioner kun komme i betragtning som kunder for grossister, for så vidt som de kan anses for »storforbrugere«, hvilket normalt ikke er tilfældet, når der er tale om artikler inden for underholdningselektronikken. Den kritik, som sagsøger i denne forbindelse har rettet mod samarbejdsaftalerne og navnlig mod forpligtelsen til at afslutte halvårlige leveringskontrakter med SABA, er ligeledes uden grundlag.

Formålet med samarbejdsaftalen mellem SABA og dets grossister er konstant at tilpasse fabrikationsprogrammets udformning og struktur efter brugernes ønsker med henblik på at følge markedsudviklingen så omhyggeligt som muligt. Herved nedskæres fabrikantens »reaktionstid« som følge af eventuelle kvantitative eller kvalitative fejltagelser. Grossisternes frihed begrænses ikke herved urimeligt, idet aftalernes gyldighedsperiode er relativt begrænset og aftalernes betingelser relativt smidige.

Kommissionen har også bestridt, at SABA's salgssystem i detailleddet udelukker de små handlende, som skulle sikre en aktiv priskonkurrence. Det er tværtimod ofte de store detailforhandlere, som på grund af deres gunstige købsbetingelser, deres mulighed for at rationalisere salget og den efterfølgende service såvel som deres mulighed for at kalkulere med en gennemsnitsfortjeneste på de forskellige artikler, kan tilbyde den endelige bruger den laveste pris.

Med hensyn til det anførte om, at konkurrencen på priserne bortfalder mellem SABA-forhandlerne, har Kommissionen gjort gældende, at der ikke findes »afgrænsede, lokale markeder«, hvor prisniveauet er mere eller mindre ens. Den undersøgelse, som sagsøger har foretaget i Düsseldorf og fremlagt under sagen om foreløbig forholdsregel er ikke afgørende, idet antallet af de nævnte forhandlere var for lille. Desuden kan den omstændighed, at disse forhandleres priser ligger ret tæt på hinanden og ofte er ens, forklares med de forespurgte forhandleres omkostningsstruktur eller netop med det konkurrencepres, som de geografisk tæt beliggende forhandlere udsættes for. Selv om det er korrekt, at selvbetjeningsengroshandelen frembyder konkurrencemæssige fordele, har Kommissionen dog anført, at sagsøgers hævdelse af, at dets anerkendelse som SABA-grossist ville revolutionere hele prisstrukturen og omkostningerne i forbindelse med salg af SABA-artiklerne, må modificeres. Den traditionelle engroshandel er på det stærkt omkæmpede marked for underholdningselektronik indrettet på at anvende disse metoder og give visse fordele, som sagsøger fremhæver hos sig selv (ingen minimumslevering, kundens mulighed for selv at sørge for varetransporten). Sagsøgers henvisning til sin årlige omsætning på 100 mill. DM inden for underholdningselektroniksektoren er ikke noget bevis på firmaets fortræffelighed, så længe det ikke klart fremgår, hvor stor en del af denne omsætning, der hidrører fra salg til videreforhandlere og endelige, »ægte« forbrugere, altså forbrugere, som

ikke dækker deres egne personlige og deres branche uvedkommende behov. Er der tale om en omsætning, som hidrører fra salg til erhvervsdrivende, som indkøber til eget personligt brug, giver omsætningen ingen oplysninger om konkurrencedygtigheden af sagsøgers priser i forhold til den traditionelle engroshandel, idet de traditionelle grossister kun kan vende sig til detailhandlerne for at få opfyldt disse behov.

En realistisk bedømmelse af konkurrencedygtigheden af sagsøgers salgssystem er kun mulig, hvis sagsøger rådede over de samme indkøbsmuligheder, som den traditionelle engroshandel inden for dette område; kun hvis sagsøger blev anerkendt som SABA-grossist, ville man kunne bedømme fordelene ved sagsøgers salgssystem. Så længe som den foreliggende sag ikke er afgjort, er en sådan sammenligning umulig, eftersom sagsøger holder fast på, at det ikke kan acceptere visse betingelser i det af Kommissionen fritagne SABA-salgssystem.

Med hensyn til dels konkurrencen mellem forhandlere af samme mærke (intrabrand) og konkurrencen mellem disse forhandlere og forhandlere af andre mærker (inter-brand), har Kommissionen præciseret, at SABA's salgssystem efter dens mening har den positive virkning, at det, *foruden* at opretholde konkurrencen mellem forhandlere af samme mærke, skærper konkurrencen til de øvrige fabrikanters artikler. Vigtige forhandleres energiske anstrengelser for at sælge en fabrikants artikel udelukker ikke, at forhandleren fører andre producenters artikler, og hindrer ham heller ikke i at give kunderne forsvarlig vejledning. Modsat sagsøgers påstand er Kommissionen udmærket klar over, at andre fabrikanter af underholdningselektronik selvstændigt anvender salgssystemer, som indeholder de betingelser, som sagsøger anfører ikke at kunne opfylde under hensyn til dets særlige opbygning. Kommissionen har været klar over, at dens beslutning danner præcedens for de andre fabrikanters salgssystemer. Formålet med beslutningen er netop at fastsætte kriterier for bedømmelsen af sådanne salgssystemer som SABA's i lyset af Fællesskabets konkurrenceretlige bestemmelser.

VI — Intervenienten Verband des SB-Großhandels (herefter »Verband«) har anført, at når henses til de faktorer, som bestemmer markedet for de pågældende artikler, medfører SABA's selektive salgssystem uundgåeligt, at selvbetjeningsgrossister udelukkes. Endvidere må der tages hensyn til, at ikke alene SABA, men alle andre større, tyske fabrikanter af underholdningselektronik praktiserer salgssystemer med forbud mod levering til selvbetjeningsgrossister.

Kommissionen har ikke taget hensyn til, at formålet med traktatens artikel 85 er at beskytte konkurrencefriheden til fordel for forbrugeren, men ikke at beskytte én fabrikants og én bestemt gruppe erhvervsdrivendes fælles interesse i salgspriser, som de finder rimelige. Det er i forbrugernes interesse, at der også er prisskonkurrence i handelsleddet.

»Verband« har navnlig fremhævet følgende forhold:

1. Kontrolforanstaltningerne i SABA's salgssystem kan ikke opfyldes af engrosselvbetjeningsvirksomhederne, for disse kontrolkrav ville komplicere forretningsgangen så meget, at de fordele, som er vundet ved rationaliseringen af varernes salg ved selvbetjening, ville gå tabt.

Modsat Kommissionens opfattelse er anvendelsen af formularen vedrørende den særlige forpligtelse (Sonderverpflichtungsschein) for byrdefuld for selvbetjeningsengroshandelen på grund af de erklæringer, der skal afgives af den endelige, erhvervsdrivende køber (detaljerede oplysninger om anvendelsesformålet, erklæringerne fra virksomhedens ansvarshavende leder vedrørende videresalget og den forudgående tilsendelse til SABA af oplysninger og bilag, som giver det mulighed for at kontrollere artiklernes anvendelse.

Den priskonkurrence, der reelt ville opstå ved annullation af fritagelsesbeslutningen for SABA, vil ikke, som Kommissionen har hævdet, føre til, at specialdetailhandlere ville miste interessen for SABA's artikler og i stedet for koncentrere sig om de konkurrerende artikler. En annullation ville tværtimod betyde, at salgssystemer, som er identiske med SABA's og indført af dets konkurrenter, fordømmes. Herved ville der blive sikret lige konkurrencevilkår.

2. Vedrørende de forpligtelser, som er knyttet til »samarbejdsaftalen«, har »Verband« anført, at et sådant vertikalt samarbejde nødvendigvis fører til en begrænsning af konkurrencen. Det er ikke den handlendes opgave at samarbejde med fabrikanten, men derimod at finde frem til det billigste tilbud på markedet og tilbyde forbrugeren det.

Det er ikke muligt for en selvbetjeningsgrossist at koncentrere sig om at udvikle én fabrikants salgsnet. Forpligtelsen til at dække det sandsynlige behov for seks måneder hæmmer konkurrencen, især når efterspørgselen svinger og tvinger den erhvervsdrivende til at prioritere SABA-artiklerne. Desuden udgør opretholdelsen af et lager en væsentlig omkostningsforøgelse.

Selektive salgssystemer vil i samme omfang, som de udbredes, føre til en opdeling af markedet, binde de erhvervsdrivende til deres respektive mærker og ophæve konkurrencen som følge af dannelsen af lokale monopolforhold.

3. Intervenienten »Verband« har henvist til gældende kartelret i De forenede Stater og har illustreret betydningen af den frie konkurrence i afsætningsleddet ved den amerikanske højesterets dom af 12. juni 1967 (US mod Arnold Schwinn & Co., 388 US, 365, navnlig 382).

4. Intervenienten »Verband« har dernæst taget stilling til en række spørgsmål, som Domstolen stillede sagens parter, inden intervenientens begæring om tilladelse til at intervenere (se nedenfor under VIII).

VII — Kommissionen har som svar på »Verband«s indlæg bestridt, at den ikke har taget hensyn til det virkelige formål med artikel 85, nemlig fri konkurrence i forbrugerens interesse, men har beskyttet én producents og én bestemt gruppe erhvervsdrivendes interesse i at opnå et bestemt prisniveau.

Som det fremgår af den anfægtede beslutnings punkter 39 til 43, har Kommissionen kun godkendt de med SABA's salgssystem forbundne konkurrencebegrænsninger på grund af de reelle, objektive fordele, som dette system giver forbrugeren. Kommissionen har ganske særligt lagt vægt på, at salgssystemet sikrer en aktiv priskonkurrence (beslutningens punkter 43 og 53). Prisen er dog kun én faktor blandt mange andre, som direkte (forbedret kundeservice, bedre tilpasning til specielle ønsker, bredere vareudbud) eller indirekte (rationalisering af salget) kommer forbrugeren til gode. På et hårdt opkæmpet og næsten uoverskueligt marked med teknisk komplicerede artikler, som kræver stadig service, er prisen ikke på nogen måde det eneste udslagsgivende kriterium for forbrugeren. Kommissionen har med hensyn til de foranstaltninger, som er pålagt grossisterne for at hindre salg til private og med hensyn til rimeligheden heraf anført følgende:

1. Komplikationerne for sagsøgers forretningsgang som følge af de nødvendige kontrolforanstaltninger er langt færre, end intervenienten har anført. Kun ved salg til en endelig erhvervsdrivende bruger skal der udfyldes en formular (SABA-Sonderverpflichtungsschein). Der er ikke fastsat nogen særlige formaliteter ved salg af en artikel til en videreforhandler.

2. Det fremgår af en dom fra Oberlandesgericht Hamburg af 16. december 1976, at sagsøger eller en af sagsøgers filialer har erkendt, at det er muligt at kontrollere, om de købte varer skal anvendes til erhvervsformål, modsat af hvad sagsøger har anført i den foreliggende sag.

3. I forbindelse med en skrivelse fra Metro til Kommissionen den 12. januar 1977 (bilag 2 a i »Verband«s indlæg) har Kommissionen opfordret SABA til at ændre »Sonderverpflichtungsschein« således, at det bl.a. ikke længere pålægges grossisterne efter salget at kontrollere artiklens anvendelse. Grossisten skal udelukkende kontrollere, om den af køberen opgivne anvendelse ligger inden for den pågældende erhvervsvirksomheds særlige forretningsområde, hvilken kan ske ved hjælp af det købekort, som køberen skal fremlægge.

4. Kommissionen har med hensyn til samarbejdsaftalerne anført, at SABA for nylig har ændret deres indhold, således at grossisterne nu kun er forpligtet til at slutte leveringsaftaler for en varighed af fire måneder i stedet for som hidtil seks. Denne nye udformning er meddelt Kommissionen i skrivelse af 25. januar 1977 og undersøges for tiden af denne.

5. Forpligtelserne vedrørende køb og lagerbeholdning er ikke så vidtgående, at specialdetailhandleren tvinges til at opgive salget af konkurrerende artikler. Der opstår således ikke »lokale monopoler«. I praksis sælger SABA-grossisterne ved siden af artikler af adskillige mærker, tyske eller udenlandske, trods det i mere end 10 år bestående samarbejde. De omkostninger, som skyldes forpligtelserne til køb og oplagring, opvejes for forbrugeren af de rabatter, som grossisterne inden for rammerne af inter-brand konkurrencen (den konkurrence, som består mellem artikler af forskellige mærker) giver detailhandlerne, som på deres side ikke er forpligtet til at købe visse slags apparater.

6. Med hensyn til De forenede Staters højesterets dom i sagen Schwinn, har Kommissionen anført, at såvel sagens faktiske omstændigheder som den retlige bedømmelse beviser så vidtgående forskelle, at enhver sammenligning med den foreliggende sag er umulig.

Kommissionen har betvivlet, at Domstolen kan anordne en undesøgelse af prisniveauet for SABA-artiklerne, idet en sådan undersøgelse kun kan omfatte de nuværende priser. Men sagen drejer sig om, hvorvidt Kommissionen i sin beslutning af 15. december 1975 har anlagt en fejlagtig fortolkning af artikel 85, stk. 3, navnlig på grund af en forkert bedømmelse af den på dette tidspunkt, altså i 1975, herskende konkurrence mellem SABA-forhandlerne.

VIII — Inden den begæring om intervention, som »Verband« indgav, og efter at skriftvekslingen mellem de andre parter var afsluttet, havde Domstolen anmodet disse parter om at besvare et vist antal spørgsmål, hvoraf det første drejede sig om, hvorvidt sagen i lyset af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, og artikel 3, stk. 2, litra b) i forordning nr. 17 kunne tages under realitetsbehandling.

Sagsøgeren Metro har anført, at sagen kan tages under realitetspåkendelse, fordi sagsøger er umiddelbart og individuelt berørt af den fritagelsesbeslutning, som Kommissionen har truffet. Betingelserne i artikel 3, stk. 2, litra b) i forordning nr. 17 er ligeledes opfyldt. Metro er umiddelbart berørt, for så vidt som fritagelsesbeslutningen giver SABA ret til at nægte levering til Metro. Endvidere indebærer den anfægtede beslutning, at Metro vil blive retsforfulgt i Tyskland, for så vidt som Metro vil føre SABA-artikler. Metro er også individuelt berørt, fordi selskabet har indgivet en klage mod den planlagte fritagelsesbeslutning, og fordi det har deltaget i den administrative procedure efter artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17. Med henblik på forordning nr. 17 har Metro anført, at sagen af samme grunde kan tages under påkendelse.

Intervenienten »Verband« har tilsluttet sig disse betragtninger.

Kommissionen er også af den mening, at sagen kan realitetsbehandles.

Kommissionen har herved anført, at de retsakter, mod hvilke et anlagt annulla-

tionssøgsmål efter Domstolens hidtidige retspraksis er blevet afvist under henvisning til, at sagsøger ikke var individuelt berørt, har alle været generelle retsforskrifter, enten umiddelbart i form af rådseller kommissionsforordninger, eller middelbart som beslutninger rettet til medlemsstaterne, der bemyndigedes eller forpligtedes til at udstede generelle retsforskrifter. Den anfægtede beslutning angår derimod en ren privatretlig foranstaltning, nemlig fastlæggelsen af den salgspolitik, som en bestemt virksomhed fører i form af standardaftaler med sine markedspartnere. Sådanne beslutninger kan ikke sidestilles med retsakter, som vedrører udstedelse af offentligretlige bestemmelser, og denne forskel må også medføre en øget retlig beskyttelse af de berørte personer. En kommissionsbeslutning, som fritager et salgssystem, indeholder et væsentligt individuelt moment i forhold til de berørte erhvervsdrivende, for så vidt som de fritagne kriterier for optagelse i salgssystemet indeholdes i individuelle aftaler mellem fabrikanten og de erhvervsdrivende, eller giver fabrikanten mulighed for at nægte at slutte sådanne individuelle aftaler med erhvervsdrivende, som ikke opfylder disse kriterier.

Kommissionen har endelig anført, at Domstolens kontrol af fritagelsesbeslutninger ikke i praksis ville være mulig, hvis en berørt tredjemand ikke kunne anfægte sådanne beslutninger, idet beslutningernes adressater normalt ikke har nogen interesse i at anfægte dem. Hertil kommer den omstændighed, at den berørte tredjemand heller ikke kan påstå konkurrencebegrænsningen kendt ugyldig for de nationale retsinstanser, da disse er bundet af Kommissionens fritagelsesbeslutning. En kontrol ville herefter kun kunne ske som en anmodning om præjudiciel afgørelse.

Nødvendigheden af mulighed for selvstændig sag mod fritagelsesbeslutningen kan heller ikke afsvækkes under henvisning til fremgangsmåden i artikel 19, stykkerne 2 og 3, i forordning nr. 17. Denne fremgangsmåde vedrører kun retten til at blive hørt, men giver ikke mulighed for at efterprøve beslutningen.

For at kunne bedømme, om den foreliggende sag kan realitetspåkendes, må det undersøges, om sagsøger er umiddelbart og individuelt berørt af fritagelsesbeslutningen, som indeholder et delvist afslag af sagsøgers begæring i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b) i forordning nr. 17. Ganske vist har Domstolen allerede statueret afvisning i visse sager, hvor Kommissionen havde nægtet at efterkomme en begæring fra vedkommende sagsøger: afgørende for, om en sådan sag kan tages under realitetspåkendelse, er den retlige karakter af den begærede, men afviste retsakt (dom af 8. 3. 1972, sag 42/71, *Nordgetreide* mod *Kommissionen,* Recueil 110; dom af 1. 3. 1966, sag 48/65, *Lütticke,* Sml. 1965-1968, s. 169; dom af 18. 11. 1970, sag 15/70, *Chevalley,* Recueil 975).

I alle disse sager vedrørte begæringen imidlertid enten en retsakt, der ikke var bindende eller en generel retsakt, altså en uanfægtelig retsakt, således at sagen måtte afvises. I den foreliggende sag er situationen dog en anden. Sagsøger har støttet sin begæring på artikel 3, stk. 2, litra b) i forordning nr. 17, hvorefter personer, som godtgør at have en berettiget interesse i at få en kommissionsbeslutning, der konstaterer eller bringer en overtrædelse til ophør, kan fremsætte en begæring. Sagsøger er ved fremsættelsen af sin begæring indtrådt i den løbende godkendelsesprocedure. Den procedure, som sagsøgers klage satte i gang, er blevet gennemført i alle dens faser. De to procedurer er materielt afsluttet ved den anfægtede fritagelsesbeslutning, inden for hvis rammer sagsøgers klage delvis er blevet taget i betragtning, delvis afvist.

Den anfægtede afgørelse berører sagsøger *individuelt på* grund af »særlige omstændigheder, som adskiller sagsøger fra alle andre personer og derfor individualiserer ham på samme måde som en adressat«. Da SABA faktisk praktiserer sit salgssystem i dets fritagne form, er dette til-

strækkeligt til at Metro kan anses som *umiddelbart* berørt.

Intervenienten SABA har anført, at artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 ikke kan påberåbes til støtte for sagens antagelse til realitetsbehandling, idet Metro ikke er »berørt« af den anfægtede beslutning.

IX — Som svar på spørgsmålet om, hvilke dele af SABA's salgssystem, som omfattes af en negativattest og hvilke dele, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3, har Kommissionen anført, at fritagelse efter artikel 85, stk. 3, gælder for alle de aftaler, som SABA's salgssystem hviler på. Ingen bestemmelse i de omtalte aftaler er særlig genstand for en negativattest eller fritagelse. Kun for betingelserne for salg på hjemmemarkedet, som ikke er en del af selve salgssystemet, er der meddelt negativattest.

X — Domstolen har anmodet Kommissionen om at oplyse, om dens godkendelse af, at forbudet i SABA's salgssystem for tyske grossister mod at levere til endelige, institutionelle forbrugere, skyldtes de tyske lovregler på området eller en anden årsag, og sagsøgte har hertil svaret, at dens beslutning herom ikke var påvirket af tysk ret, idet der ikke i tysk ret er bestemmelser, som forbyder grossister at levere til endelige, institutionelle forbrugere. Når den anfægtede beslutning på dette punkt behandler tyske grossister, som er underlagt dette forbud og udenlandske SABA-eneforhandlere, som er undtaget herfra, forskelligt, beror dette alene på, at SABA ikke havde nogen grund til at forbyde sine udenlandske eneforhandlere springende leveringer.

XI — Domstolen har anmodet Kommissionen om at meddele sit synspunkt vedrørende de virkninger, som andre producenters anvendelse i samme sektor af lignende salgssystemer som SABA's, har på konkurrencen.

Ifølge Kommissionen indebærer SABA's salgssystem i første række en forpligtelse til at handle gennem specialforretninger, som skal opfylde visse minimumskrav (faglige kvalifikationer, salgslokalets standard, kundeservice, deltagelse i udbygningen af salgsnettet). Disse forhold findes i næsten alle salgssystemer og overtræder ikke artikel 85. De særlige krav derimod, som går ud over en simpel forpligtelse til at handle gennem specialforretninger, (for grossisterne: halvårlige leveringsaftaler, en rimelig omsætning; for detailhandlerne: et så fuldstændigt SABA-sortiment som muligt, en rimelig omsætning ved salg af SABA-artikler og et lager af SABA-artikler, der svarer til omsætningen) findes ikke i så stort antal i andre fabrikanters salgssystemer. Det er altså ikke korrekt, at de største af de øvrige fabrikanter inden for underholdningselektronikken har indført samme salgssystem som SABA.

Det kan ikke benægtes, at SABA's salgssystem binder forhandlerne ret snævert til producenten. Dette er i overensstemmelse med SABA's mål, at forhandlerne bidrager så aktivt som muligt til selskabets afsætning. Men de forpligtelser, som SABA pålægger sine forhandlere, binder dem ikke så snævert, at de ikke længere kan gå ind på lignende forpligtelser over for andre fabrikanter. Teoretisk kan det dog ikke udelukkes, at en ophobning af lige så rigoristiske salgssystemer som SABA's f.eks. kan føre til, at sælgerne specialiserer sig yderligere, således at antallet af de mærker, som de fører, nedskæres.

Mellem de forskellige fabrikanters salgssystemer består der under alle omstændigheder indtil nu store forskelle, da de hviler på forskellige markedsstillinger og afsætningsmetoder. På nuværende tidspunkt kan man endnu ikke tilstrækkeligt sikkert bedømme, om de forskellige salgssystemer vil antage samme form. Men selv om dette skulle være tilfældet, og selv om dette ville føre til en langt stærkere specialisering af sælgerne, fører dette efter Kommissionens mening ikke nødvendigvis til, at konkurrencen mellem artikler af forskellige mærker svækkes i salgsleddet, men kan endog medføre, at denne konkurrence skærpes,

idet sælgerne må anstrenge sig yderligere for at sælge de andre mærker.

XII — Metro er blevet spurgt, om det er enig med SABA i, at SABA's salgspriser normalt og navnlig for artikler inden for underholdningselektronikken er lavere end specialdetailhandlernes, men højere end specialgrossisternes. Dette har sagsøger afvist og hævdet, at dets salgspriser for alle dets varer er lavere end specialgrossisternes, og at dette navnlig gælder for artiklerne inden for underholdningselektronikken.

Parterne har afgivet mundtlige indlæg i det offentlige retsmøde den 10. maj 1977.

Generaladvokaten har fremsat sit forslag til afgørelse i retsmødet den 9. juni 1977.

Præmisser

1 I nærværende sag, der er anlagt af firmaet Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (herefter Metro) ved stævning indgået til Domstolens justitskontor den 11. marts 1976, er der for det første nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 15. december 1975 (EFT L 28/19 af 12. 2. 1976) om en procedure i henhold til traktatens artikel 85 vedrørende det af selskabet Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt, August Schwer und Söhne GmbH, (herefter SABA) oprettede selektive salgssystem for salg i fællesmarkedet af selskabets artikler inden for underholdningselektronikken;

der er for det andet indlagt påstand om annullation af det af Kommissionen ved skrivelse af 14. januar 1976 meddelte afslag på at ændre beslutningen af 15. december 1975 af hensyn til nye indvendinger fra sagsøger, der imidlertid allerede havde haft lejlighed til at fremsætte disse under den høring af de pågældende parter og tredjemænd, som Kommissionen inden sin vedtagelse af den anfægtede beslutning havde ladet foretage i henhold til artikel 19 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 og Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 19763;

i beslutningens artikel 1 anføres, at de af SABA anvendte betingelser for salg på hjemmemarkedet (udgaven fra maj 1972) ikke er omfattet af forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1, og i artikel 2 meddeler Kommissionen en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3 for de øvrige bestemmelser i det pågældende salgssystem.

2 Selv om der er nedlagt påstand om annullation af hele den anfægtede beslutning, fremgår det af de påberåbte søgsmålsgrunde, at det alene er beslutningens artikel 2, der anfægtes.

Vedrørende formaliteten

a) Vedrørende skrivelsen af 14. januar 1976

3 Kommissionen har påstået sagen afvist, i det omfang den er rettet mod det afslag, som Kommissionen meddelte i sin skrivelse af 14. januar 1976.

4 Dette afslag er udelukkende en bekræftelse af beslutningen af 15. december 1975, og dets annullation ville være ensbetydende med en annullation af beslutningen, hvorfor sagen med hensyn til dette andet punkt må anses for værende uden genstand og derfor afvises.

b) Vedrørende beslutningen af 15. december 1975

5 SABA, som er indtrådt i sagen til støtte for Kommissionen, har anført, at sagen må afvises, fordi Metro ikke er umiddelbart og individuelt berørt af den beslutning, som firmaet anfægter.

6 I henhold til traktatens artikel 173, stk. 2, kan »enhver fysisk eller juridisk person ... indbringe et annullationssøgsmål mod de beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt«;

da den anfægtede beslutning ikke er rettet til Metro, må det undersøges, om den berører dette firma umiddelbart og individuelt.

7 Metro driver en såkaldt selvbetjeningsengroshandel med ca. 30 salgssteder i Forbundsrepublikken Tyskland samt i visse andre medlemsstater;

denne salgsform, som særligt bringer Metro i konkurrence med specialgrossister, består i, at Metro hos producenterne engros indkøber et bredt sortiment af fødevarer (food) og andre varer (non food) med henblik på videresalg dels til detailhandlere, som sælger dem videre, dels til indehavere af handels-, håndværks- eller industrivirksomheder, som anvender de indkøbte varer i deres virksomhed i erhvervsmæssigt øjemed, dels endelig til private, »institutionelle« brugere, hvilket begreb parterne imidlertid ikke er enige om;

Metro sælger sine artikler efter det såkaldte »cash and carry«-system, hvorefter køberne selv finder varerne frem i salgslokalerne, hvor de kun er nødtørftigt

udstillet og oplagret, således at kunden selv let kan tage dem med sig, og hvorefter varerne betales kontant, hvilket resulterer i lavere priser og mulighed for at beregne en fortjeneste, der er mindre end den traditionelle engroshandels;

denne salgsform karakteriseres således både ved de særlige salgsformer og ved sammensætningen af den kundekreds, som grossisten henvender sig til.

8 Sagsøger havde ansøgt SABA om at blive autoriseret som grossist i SABA's artikler inden for underholdningselektronikken men fik afslag, fordi sagsøger ikke ville acceptere en række betingelser, som SABA stiller for autorisation som SABA-grossist, betingelser, som ifølge sagsøger er uforenelige med selvbetjeningsengroshandelens struktur i den form, sagsøger praktiserer den;

efter sagsøger gjaldt dette navnlig for det forbud, som pålægges SABA-grossisten mod at levere SABA-artikler til endelige, erhvervsdrivende brugere, altså handlende eller håndværkere, som ikke tilhører den elektroniske branche, men som anvender de indkøbte artikler i deres virksomheder i erhvervsmæssigt øjemed, samt forbudet mod at levere til endelige »institutionelle« brugere såvel som de forpligtelser, som grossisterne pålægges i den samarbejdsaftale, som knytter dem til SABA;

derimod har intervenienten SABA anført, at disse betingelser er forenelige med Metros virksomhed, og at afslaget snarere er begrundet i Metros salgspolitik, som går ud på at drive såvel grossist- som detailhandel, hvad SABA ikke kan godkende på grund af sit salgssystems struktur, som indeholder en klar adskillelse mellem disse to funktioner, hvilket ifølge intervenienten SABA er i overensstemmelse med den tyske forbundslovgivnings krav;

9 på grund af dette afslag fremsatte sagsøgeren den 7. og 9. november 1973 en begæring til Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 med anmodning om, at Kommissionen skulle konstatere, at SABA's salgssystem udgjorde en overtrædelse af traktatens artikler 85 og 86, og pålægge SABA at ophøre hermed;

10 SABA havde på sin side i årene 1962, 1963, 1969 og 1972 med henblik på at opnå en negativattest efter artikel 2 i forordning nr. 17 eller en fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3 og artikel 6 i forordning nr. 17 til Kommissionen anmeldt henholdsvis sine salgsbetingelser for hjemmemarkedet, de eneforhandlingsaftaler, som det indgik med virksomheder i andre medlemsstater, de formularer om salgsbinding (Verpflichtungsscheine Vertriebsbindung), som

dets forhandlere, grossister og detailhandlere i Forbundsrepublikken underskrev, samt EØF-formularerne angående SABA-grossisters og SABA-specialdetailhandleres forpligtelser »(EWG-Verpflichtungsscheine SABA-Großhändler und SABA-Facheinzelhändler)«;

den 22. juli 1974, altså efter at Metro havde indbragt klagen, anmeldte SABA ligeledes den standardsamarbejdsaftale, som de af SABA autoriserede grossister må indgå;

11 Kommissionen fandt, at Metro havde en berettiget interesse i en konstatering af en eventuel overtrædelse og undersøgte derfor såvel begæringen fra Metro som begæringen fra SABA;

efter at Kommissionen først havde meddelt Metro, at den ikke skønnede, at Metros klage kunne tages til følge, men dog ved telex af 6. september 1974 i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 havde opfordret Metro til at udtale sig, ændrede den som følge af sagsøgers udtalelser og høringen af sagsøger delvis standpunkt og påbød SABA at ophæve de forpligtelser, som det pålægger grossisterne, navnlig forbudet mod salg til endelige, erhvervsdrivende brugere;

efter at SABA havde accepteret bl.a. denne ændring, traf Kommissionen den anfægtede beslutning, som imidlertid på adskillige punkter opretholder de særlige bestemmelser i salgssystemet, som sagsøger har kritiseret under den administrative procedure;

12 Metro fandt, at det således godkendte salgssystem fortsat indeholdt retsstridige hindringer for dets optagelse som SABA-grossist, og anlagde derfor den foreliggende sag.

13 Det fremgår af det ovenfor anførte, at den anfægtede beslutning blev truffet navnlig som følge af en af Metro fremsat klage, at beslutningen omhandler bestemmelser i SABA's salgssystem, som dette selskab har anført og fortsat anfører som begrundelse for sin vægring mod at sælge til Metro og mod at give dette firma autorisation som grossist, og som sagsøger derfor anfægtede i sin klage;

af hensynet såvel til retssikkerheden som til en korrekt anvendelse af artiklerne 85 og 86 følger, at de fysiske eller juridiske personer, som i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 er beføjede til at fremsætte en begæring til Kommissionen om konstatering af en overtrædelse af de nævnte

artikler 85 og 86, skal gives en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser, såfremt deres begæring helt eller delvis ikke tages til følge;

sagsøger vil derfor være at anse for umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning i den i artikel 173, stk. 2, forudsatte forstand, hvorfor sagen kan tages under realitetspåkendelse.

Vedrørende realiteten

14 Sagsøger har anført, at Kommissionen ved den anfægtede beslutning har overtrådt dels traktatens artikel 85, stk. 3, ved at fritage fra forbudet i artikel 85, stk. 1, skønt betingelserne for en sådan fritagelse ikke var til stede, dels traktatens artikel 86 ved at godkende misbrug af en dominerende stilling på markedet.

15 En anvendelse af traktatens artikel 86 kan kun komme i betragtning, hvis SABA har en dominerende stilling, og det må derfor først undersøges, om dette er tilfældet;

I — Vedrørende spørgsmålet, om SABA indtager en dominerende stilling

16 Sagsøger har til støtte for det anførte om, at SABA indtager en dominerende stilling på markedet for underholdningselektronik i Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at der i denne medlemsstat er ti producenter, som direkte fremstiller artikler inden for underholdningselektronikken, men at seks heraf, heriblandt SABA, har markedsandele, som sammenlagt udgør størstedelen af markedet, og at SABA, hvad farvefjernsyn angår, med en daglig produktion på 1 000 apparater, har en markedsandel, som ligger over gennemsnittet;

sagsøger har tilføjet, at SABA's apparater trods prisen er stærkt efterspurgt på grund af deres høje kvalitet, således at enhver forhandler i det sortiment af produkter, han fører, må kunne tilbyde SABA apparater, hvis han vil konkurrere på lige fod.

17 Ifølge de af Kommissionen fremlagte oplysninger, som sagsøger ikke har bestridt, er der 26 tyske producenter på markedet for underholdningselektronik, hvoraf 8, heriblandt SABA, har en markedsandel på omtrent 90 %, og SABA's andel heraf ligger mellem 5 og 10 %;

navnlig med hensyn til fjernsynsapparater, hvis daglige produktionstal sagsøger har påberåbt sig, fremgår det af de af Kommissionen fremlagte oplysninger for 1975, som sagsøger har anerkendt som repræsentative, at 8 producenter dækker 91 % af det tyske marked, og at en af disse dækker over 25 %, 3 over 10 %, medens de øvrige fire, heriblandt SABA, har markedsandele på 7 eller 6 %.

det følger af disse tal, at der er tale om forholdsvis beskedne markedsandele, selv om det — hvilket ikke er blevet gjort gældende og så meget desto mere ikke godtgjort — alene var markedet for farvefjernsynsapparater, som var relevante, og ikke det samlede marked for artikler inden for underholdningselektronikken;

selv om en virksomheds markedsandel ikke nødvendigvis udgør det eneste kriterium ved afgørelsen af, hvorvidt der foreligger en dominerende stilling, må det imidlertid med føje antages, at den beskedne markedsandel, som SABA har på et marked for højt udviklede tekniske, men i den store købermasses øjne let substituerbare artikler, udelukker, at der kan være tale om en dominerende stilling, medmindre der foreligger særlige omstændigheder;

dette gælder så meget desto mere, som det står fast, at der hersker skarp konkurrence mellem de forskellige producenter;

den omstændighed, at den pågældende artikels kvalitet er en tilskyndelse for forhandlerne til at optage den i deres vareudbud, indebærer ikke i sig selv, at producenten i betydeligt omfang kan handle uden at skulle tage hensyn til sine konkurrenters forhold, og den kan derfor heller ikke sikre ham en dominerende stilling men udgør et blandt flere midler i konkurrencen;

det samme gælder for den af sagsøger og intervenienten Verband des Selbstbedienungs-Großhandels (herefter SB-Verband) anførte omstændighed, at andre producenter inden for underholdningselektronikken har oprettet eller vil oprette lignende selektive salgssystemer som det, der er godkendt af Kommissionen i den anfægtede beslutning;

denne omstændighed kan muligvis være af betydning ved bedømmelsen af spørgsmålet, om det anfægtede system strider mod traktatens artikel 85, men kan ikke under de givne omstændigheder medføre, at SABA's stilling på det pågældende marked må karakteriseres som dominerende;

18 da SABA ikke indtager en dominerende stilling i den i EØF-traktatens artikel 86 forudsatte forstand, kan denne bestemmelse ikke finde anvendelse på SABA, hvorefter Kommissionen vil være at frifinde i så henseende.

II — Vedrørende anvendelsen af artikel 85

19 Ifølge sagsøger er artikel 2 i den anfægtede beslutning behæftet med magtfordrejning, fordi Kommissionen ikke har taget hensyn til, »hvad der er genstand for den i artikel 85 indførte beskyttelse, (nemlig) konkurrencefrihed til fordel for forbrugeren men ikke beskyttelse af én producents og én bestemt gruppe erhvervsdrivendes sammenfaldende interesse i at opnå et efter sidstnævntes opfattelse tilfredsstillende prisniveau«;

såfremt det antages, at det anfægtede salgssystem kan fritages for forbudet i medfør af artikel 85, stk. 3, har sagsøger desuden gjort gældende, at Kommissionen ikke har anvendt denne bestemmelse korrekt, idet den har fritaget konkurrencebegrænsende foranstaltninger, som ikke er nødvendige for at forbedre produktionen eller varefordelingen eller for at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, men som bevirker, at selvbetjeningsengroshandelen udelukkes fra konkurrencen.

A — Vedrørende spørgsmålet om magtfordrejning

20 Kravet i EØF-traktatens artikel 3 og 85 om, at konkurrencen ikke må fordrejes, forudsætter, at der hersker effektiv konkurrence på markedet (workable competition), hvilket vil sige, at der skal være så meget konkurrence, at traktatens grundlæggende krav overholdes, og at traktatens mål, navnlig dannelsen af et enhedsmarked med hjemmemarkedslignende forhold, opfyldes;

dette krav indebærer dog ikke, at karakteren af og intensiteten i konkurrencen aldrig kan variere alt efter de pågældende produkter eller tjenester og den økonomiske struktur på de pågældende markedsområder;

navnlig med hensyn til varige og teknisk udviklede forbrugsgoder af høj kvalitet, hvor et forholdsmæssigt begrænset antal store og mellemstore producenter udbyder et varieret sortiment af artikler, som, i hvert fald i forbrugernes øjne, er let substituerbare, er markedsstrukturen ikke til hinder for indbyrdes forskellige afsætningskanaler, som er tilpasset de forskellige producenters særlige behov og de forskellige forbrugergruppers ønsker;

når henses til det netop anførte, har Kommissionen korrekt antaget, at selektive salgssystemer udgør en blandt flere konkurrenceformer, som er i overensstemmelse med artikel 85, stk. 1, såfremt udvælgelsen af videreforhandlere sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed, og såfremt disse betingelser fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden diskriminering.

21 Det er korrekt, at disse salgssystemer almindeligvis ikke udelukkende, ja end ikke i overvejende grad lægger vægt på priskonkurrencen;

dette er navnlig tilfældet, når der for adgang til salgsnettet som i den foreliggende sag stilles betingelser, som går ud over, hvad der ifølge produktets beskaffenhed ellers ville være nødvendigt for at sælge det;

uanset priskonkurrencen har en sådan betydning, at den aldrig helt må fjernes, udgør den dog ikke den eneste form for effektiv konkurrence og heller ikke en konkurrenceform, som under alle omstændigheder bør gives absolut forrang;

det fremgår af de beføjelser, som er indrømmet Kommissionen i artikel 85, stk. 3, at nødvendigheden af en bestandig effektiv konkurrence kan forenes med beskyttelsen af forskellige mål, og at visse restriktioner i konkurrencen kan godkendes af hensyn hertil, når de er nødvendige for at realisere disse mål og ikke fører til, at konkurrencen for en væsentlig del af fællesmarkedet udelukkes;

bestræbelsen på for specialgrossisters og specialdetailhandleres vedkommende at opretholde et bestemt prisniveau, der i forbrugernes interesse sikrer, at denne salgskanal fortsat består ved siden af de andre salgsformer med en anden konkurrencepolitik, hører til de mål, som kan forfølges uden nødvendigvis at falde ind under forbudet i artikel 85, stk. 1, og skulle dette helt eller delvis blive tilfældet, vil de kunne omfattes af artikel 85, stk. 3;

dette gælder så meget mere, hvis disse betingelser desuden bidrager til en forstærket konkurrence, for så vidt som konkurrencen vedrører andre faktorer end prisen.

22 Selv om det fremgår af de af parterne fremlagte tal vedrørende spørgsmålet, om SABA-forhandlerne konkurrerer på priserne, at der findes en vis fastlåst prisstruktur, kan det imidlertid ikke antages, at konkurrencen inden for underholdningselektronikken er begrænset eller ophævet, navnlig fordi såvel andre faktorer i konkurrencen mellem artikler af samme mærke (intrabrand) som en effektiv konkurrence mellem forskellige mærker gør sig gældende;

Kommissionen skal imidlertid drage omsorg for, at denne struktur ikke yderligere stivner, hvilket vil kunne ske, såfremt antallet af selektive distributionsnet til afsætning af den samme vare vokser;

ved at begrænse gyldigheden af den begærede fritagelse til den 21. juli 1980 har Kommissionen forbeholdt sig mulighed for inden for rimelig frist at tage

følgerne af sin beslutning op til fornyet prøvelse med henblik på nævnte forhold;

under disse omstændigheder vil Kommissionen være at frifinde, hvad angår spørgsmålet om magtfordrejning.

B — Vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 3

23 Sagsøgers klagepunkter i så henseende vedrører i det væsentlige følgende fire forhold:

a) den SABA-grossisterne og -detailhandlerne pålagte forpligtelse til at kontrollere, at de videreforhandlere, som de leverer SABA-artikler til, er autoriserede forhandlere, og til i forbindelse hermed at foretage visse kontrolforanstaltninger;

b) det for SABA-grossisterne i Forbundsrepublikken Tyskland gældende forbud mod at levere til såkaldte endelige, »institutionelle« brugere;

c) de samme grossisters forpligtelse til, når de leverer til de såkaldte endelige, »erhvervsmæssige« brugere, at kontrollere, at disse udelukkende anvender de købte artikler til fremme af virksomhedens rentabilitet og ikke til nogen som helst form for personligt brug;

d) grossisternes forpligtelse til at medvirke til udviklingen af SABA's salgsnet ved at indgå leveringsaftale med SABA for et halvt kalenderår forud;

sagsøger har anført, at der herved er tale om konkurrencebegrænsende faktorer, som Kommissionen har fritaget efter artikel 85, stk. 3, skønt de ikke er nødvendige for i den foreliggende sag at nå denne bestemmelses mål, og at de desuden truer med at fjerne eksistensgrundlaget for andre salgsformer såsom selvbetjeningsengroshandelen, som er bygget op efter en anden konkurrencepolitik.

24 Inden behandlingen af disse klagepunkter skal det bemærkes, at Kommissionen har anført, at de i den anfægtede beslutnings artikel 2 omhandlede bestemmelser i salgssystemet samlet er blevet fritaget i medfør af artikel 85, stk. 3, men at dette dog ikke indebærer, at enhver bestanddel af dette system strider mod forbudet i artikel 85, stk. 1;

Kommissionen har herved videre anført, at det derimod fremgår såvel af begrundelserne for den anfægtede beslutning som af de under den mundtlige

forhandling afgivne forklaringer, at det kun er nogle af disse bestanddele, som udgør konkurrencebegrænsninger, for hvilke en fritagelse var nødvendig;

Kommissionen har anført, at følgende forhold ikke er konkurrencebegrænsninger: a) de betingelser for at blive autoriseret SABA-forhandler, som vedrører SABA-forhandlernes faglige kvalifikationer og salgspersonalets tekniske viden, de betingelser som vedrører SABA-grossisternes medvirken ved opbygningen af salgsnettet og servicesystemet, og de betingelser der vedrører salgslokalets beskaffenhed (beslutningens punkt 28) og b) forbudet mod at sælge til såkaldte endelige, »institutionelle« brugere (beslutningens punkt 34);

videre har Kommissionen anført, at forhandlernes forpligtelse til at undersøge, om de videreforhandlere, som de leverer til, er autoriseret af SABA, og deres forpligtelse til at føre regnskab med de solgte artiklers nummer og til at notere købernes navne (beslutningens punkt 11, litra b) og c) og punkt 29) samt de forpligtelser, som samarbejdsaftalen indeholder (beslutningens nr. 29), derimod omfattes af forbudet i artikel 85, stk. 1, men kan fritages.

25 For hver enkelt af de af sagsøger bestridte betingelser skal det undersøges, om Kommissionen har bedømt dem korrekt i forhold til spørgsmålet, om artikel 85, stk. 1, finder anvendelse på dem, og, såfremt de omfattes af dette forbud, om Kommissionen ved at fritage dem efter artikel 85, stk. 3, har anvendt denne bestemmelse korrekt.

1) Vedrørende SABA-forhandlernes forpligtelse til ved videresalg kun at levere til autoriserede grossister eller detailhandlere

26 Sagsøger har gjort gældende, at grossisternes forpligtelse til personligt inden levering til en videreforhandler at undersøge, om denne faktisk er autoriseret af SABA, og navnlig deres forpligtelse til i form af en fuldstændig kontrol med apparaternes numre at føre regnskab med, hvornår og til hvem de enkelte SABA-artikler er blevet videresolgt, går ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre et selektivt salgsnet, og udgør en forpligtelse, som er uforenelig med selvbetjeningsengroshandelens struktur.

27 Ethvert afsætningssystem, som hviler på en udvælgelse af salgssteder, indebærer nødvendigvis, hvis der skal være noget formål med systemet, at de grossister, som hører til salgsnettet, forpligtes til kun at levere til autoriserede videreforhandlere, og at den pågældende producent skal kunne kontrollere, om denne forpligtelse overholdes;

så længe de påtagne kontrolforpligtelser ikke går ud over, hvad det tilstræbte mål nødvendiggør, kan de ikke i sig selv udgøre en konkurrencebegrænsning, men er en biforpligtelse, som skal medvirke til at sikre hovedforpligtelsens opfyldelse;

Kommissionen har kunnet gå ud fra, at de her omhandlede forpligtelser ifølge de nævnte »Verpflichtungsscheine« ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for en rimelig kontrol, men indgår i grossistens normale pligter, idet identifikationen af varerne og de detailhandlere, der er leveret til, er et normalt krav i engroshandelen, når det gælder varige forbrugsgoder;

da disse kontrolforanstaltninger således ikke går ud over, hvad der er nødvendigt, for at de kan opfylde deres formål, er de, i det omfang de skal sikre opfyldelsen af de faglige betingelser, som kræves for at blive autoriseret, ikke omfattet af artikel 85, stk. 1, medens de, i det omfang de skal sikre opfyldelsen af mere byrdefulde forpligtelser, vil falde under forbudet i artikel 85, stk. 1, medmindre de i givet fald sammen med hovedforpligtelsen fritages efter artikel 85, stk. 3;

de ovenfor omhandlede forpligtelsers forenelighed med traktaten afhænger herefter af, hvorledes de andre bestanddele af salgssystemet, som sagsøger har kritiseret, må bedømmes.

2. Vedrørende forbudet mod springende leveringer til endelige, institutionelle forbrugere

28 Samtidig med at Kommissionen pålagde SABA at ophæve forbudet for grossisterne mod at levere til endelige, erhvervsdrivende forbrugere, godkendte den forbudet mod at levere til private forbrugere, herunder de såkaldte »institutionelle«, endelige storforbrugere såsom skoler, hospitaler, kaserner, offentlige myndigheder og andre sådanne kunder;

Kommissionen er af den opfattelse, at denne afgrænsning af grossisternes virksomhed, som desuden er i overensstemmelse med tysk lovgivning, ikke udgør en konkurrencebegrænsning i den i traktatens artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning, fordi den svarer til funktionsdelingen mellem grossister og detailhandlere, og idet grossisterne uden en sådan funktionsdeling i forhold til detailhandlerne ville få en uberettiget konkurrencemæssig fordel, som ikke hidrører fra de erlagte ydelser og ikke er beskyttet af artikel 85.

29 Det står fast, at flere medlemsstater har indført regler for detailhandlernes og grossisternes retsstilling med forskellige, navnlig sociale og skattemæssige for-

pligtelser og byrder, således at konkurrencen ville blive fordrejet, hvis grossisterne, hvis byrder i almindelighed er forholdsvis lettere netop på grund af det omsætningstrin, de arbejder på, kunne konkurrere med detailhandlerne i detailhandlerleddet, navnlig ved levering til private forbrugere;

Kommissionen har således ikke overtrådt artikel 85, stk. 1, ved at antage, at denne funktionsdeling principielt er forenelig med kravet om, at konkurrencen ikke må fordrejes;

sagsøger har i øvrigt ikke bestridt dette synspunkt og anfører endog, at dets salgssystem er organiseret således, at denne sondring respekteres, men gør gældende, at direkte levering til vigtige endelige, såkaldte »institutionelle« forbrugere hører til grossistvirksomhed;

sagsøger har herved henvist til artikel 2, stk. 2, i Rådets direktiv af 25. februar 1964 om gennemførelsen af etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser for virksomhed inden for engroshandelen, der bestemmer, at »ved udøvelse af engroshandel forstås i dette direktiv enhver virksomhed, som udøves af fysiske personer eller selskaber, der som et sædvanligt led i deres erhverv indkøber varer i eget navn og for egen regning og videresælger varerne dels til andre handlende, grossister eller detailhandlere, dels til videre forarbejdning, dels til erhvervsmæssig anvendelse eller til storforbrug«.

30 Dette direktiv definerer en grossists funktioner med henblik på anvendelsen af traktatens bestemmelser om den frie etableringsret og den fri udveksling af tjenesteydelser, men kan ikke fortolkes som en regulering af konkurrenceproblemerne i artikel 85;

selv om visse private forbrugere, såsom institutionerne, utvivlsomt må indkøbe adskillige produkter, f.eks. fødevarer, i store mængder, indebærer deres institutionelle karakter ikke, at de i forhold til en hvilken som helst vare må karakteriseres som storforbrugere;

Kommissionen har således ikke overskredet sin skønsbeføjelse på området ved at antage, at der ikke skulle sondres mellem de forskellige former for endelige, ikke-erhvervsdrivende forbrugere, hvad angår de af SABA fremstillede artikler;

dette gælder så meget desto mere, som det under alle omstændigheder var sagsøger, der havde skullet godtgøre, at private, ikke-erhvervsdrivende institutionelle forbrugere henvender sig eller har henvendt sig til sagsøger om betydelige leveringer, men sagsøger har ikke fremført noget bevis for sit anbringende herom.

3. Vedrørende grossisternes forpligtelse til ved levering til endelige, erhvervsdrivende brugere at påse, at de indkøbte SABA-artikler anvendes i erhvervsmæssigt øjemed

31 Det hedder under punkt 15 i den anfægtede afgørelse, at »i henhold til 'Verpflichtungsscheine Vertriebsbindung SABA-Großhändler' (pkt. 2, stk. 2) er de tyske SABA-grossister desuden forpligtet til ikke at levere SABA-artikler til endelige forbrugere inden for Forbundsrepublikkens område og i Vestberlin, medmindre det drejer sig om endelige forbrugere, der

— bevisligt driver erhvervsvirksomhed

— udelukkende anvender SABA-artiklerne til sådanne erhvervsformål, som kan fremme virksomhedens rentabilitet, og

— underskriver en af SABA udarbejdet erklæring, som sikrer, at denne forpligtelse overholdes, og som dokumenterer det erhvervsmæssige formål på en måde, der kan kontrolleres på grundlag af objektive kriterier, og udelukker både enhver anden anvendelse og videresalg«;

32 det fremgår af disse bestemmelser, at Kommissionen under den administrative sagsbehandling har givet Metro medhold i, at forbudet for SABA-grossisterne mod at sælge til detailhandlere uden for underholdningselektroniksektoren, som imidlertid ønsker at købe SABA-artikler for at anvende dem til erhvervsformål i deres virksomhed, er uforeneligt med artikel 85, stk. 1, og ikke kan fritages efter artikel 85, stk. 3;

denne ophævelse af en ubegrundet konkurrencebegrænsning må imidlertid forenes med forbudet for grossisterne mod levering til endelige forbrugere i privat øjemed;

producenten er følgelig beføjet til at kontrollere iagttagelsen af denne forpligtelse, som er nødvendig for opretholdelsen af strukturen i det todelte salgssystem, idet han ellers ikke kan kræve de ydelser fra de af ham autoriserede detailhandlere, som er nødvendige, for at et selektivt salgssystem kan fungere efter sit formål;

sagsøger har imidlertid anført, dog uden overbevisende vægt, at den i »Verpflichtungsscheine« herved foreskrevne kontrol er uforenelig med selvbetjeningsengroshandelens krav og således bidrager til at ophæve denne konkurrenceform.

33 Ifølge sagsøgers egne oplysninger bygger selvbetjeningsengroshandelen fremfor alt på, at der udelukkende er adgang til salgslokalerne for indehavere af et på navn lydende indkøbspas, hvorved kunden ikke alene kan identificeres ved sit navn, men hvorved det også kan kontrolleres, om det drejer sig om en fysisk eller juridisk person, som driver handelshåndværks- eller industrivirksomhed;

af hensyn til den tyske lovgivnings krav foretages der i hvert fald i afdelingen »non food« en kontrol, inden varen forlader lokalerne, for at man kan være sikker på, at der er tale om indkøb til videresalg eller til erhvervsmæssig udnyttelse i køberens virksomhed og ikke om indkøb til privat forbrug;

de i »Verpflichtungsscheine« foreskrevne kontrolforanstaltninger har i det væsentlige samme karakter, bortset fra at grossisten her skal lade køberen underskrive en erklæring, hvori denne bekræfter, at indkøbet er foretaget i erhvervsmæssigt øjemed;

under disse omstændigheder ses det ikke, at dette yderligere krav er urimeligt eller udgør en alvorlig hindring, som er uforenelig med selvbetjeningsengroshandelens karakter, når henses til den fare for misbrug, som de udvidede muligheder for salg til andre formål end videresalg i sig selv medfører;

dette gælder så meget desto mere, som den pålagte forpligtelse ikke omfatter en forpligtelse til personligt at kontrollere, at køberne opfylder de af dem underskrevne forpligtelser.

4. Vedrørende grossisternes forpligtelse til ved deres accept af samarbejdsaftalen at deltage i udviklingen af SABA's salgsnet

34 For at blive autoriseret som SABA-grossist i Forbundsrepublikken Tyskland og Vestberlin skal følgende betingelser efter beslutningens punkt 9 være opfyldt: »SABA har over for Kommissionen erklæret, at selskabet principielt er rede til at levere til alle grossister i Forbundsrepublikken Tyskland og Vestberlin, der a) driver en specialforretning, dvs. at mere end 50 % af deres omsætning hidrører fra salget af radio- og fjernsynsapparater samt båndoptagere eller andre elektriske artikler, eller har oprettet en særlig afdeling specielt med henblik på grossistvirksomhed inden for radio- og fjernsynsapparater samt båndoptagere, hvis omsætning kan sammenlignes med en specialgrossists, der har specialiseret sig i artikler inden for underholdningselektronikken; b) vil deltage i opbygningen og konsolideringen af SABA-salgsnettet; c) vil deltage i SABA-servicesystemet, og som ved hjælp af uddannet perso-

nale især kan sikre den tekniske kundebetjening og rådgive fagligt korrekt; d) underskriver SABA-samarbejdsaftalen; e) underskiver 'SABA-Verpflichtungsscheine' og overholder den i disse dokumenter fastlagte salgsbinding«;

35 ifølge sagsøger udgør forpligtelserne under litra a) (specialforretning eller særlig afdeling), b) (konsolidering af SABA-salgsnettet) og litra d) (samarbejdsaftalen) sådanne konkurrencebegrænsninger, som er forbudt efter artikel 85, stk. 1, og som Kommissionen ikke kan fritage efter artikel 85, stk. 3, idet betingelserne for en sådan fritagelse ikke foreligger.

a) Vedrørende forpligtelsen til at oprette en særlig afdeling og til at opnå en omsætning, der kan sammenlignes med en specialgrossists

36 Skønt denne dobbelte betingelse ikke udtrykkeligt anføres i de forskellige aftaleformularer, som er fremlagt for Domstolen (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler; Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland; EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler; Kooperationsvertrag), er den nævnt under behandlingen af Metros klage blandt andet i et brev fra SABA af 20. februar 1975, hvis indhold den 5. marts 1975 meddeltes sagsøger;

det fremgår heraf, at det drejer sig om en betingelse for autorisation som SABA-forhandler, når der er tale om ikke specialiserede grossister, og at denne betingelse er en del af hele det salgssystem, som Kommissionen har godkendt;

derfor må betingelsens rækkevidde undersøges i forhold såvel til stk. 1 som til stk. 3 i artikel 85.

37 Forpligtelsen for ikke-specialgrossister til at oprette en særlig afdeling for underholdningselektronik skal sikre, at de pågældende artikler sælges under for forbrugerne gunstige forhold, og er derfor ikke en konkurrencebegrænsning i den i artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning;

derimod rækker forpligtelsen til at opnå en omsætning, der kan sammenlignes med en specialgrossists, ud over de kvalitetskrav, der kendetegner et selektivt salgssystem, og denne forpligtelse må derfor bedømmes i henhold til artikel 85, stk. 3.

38 Denne forpligtelse falder imidlertid i den foreliggende sag sammen med den i samarbejdsaftalerne indeholdte forpligtelse til at opnå en rimelig omsætning, således at denne betingelse må undersøges sammen med de nævnte aftaler.

b) Vedrørende forpligtelsen under litra b) (deltage i udviklingen af salgsnettet) og under litra d) (underskrive samarbejds-aftaler)

39 Forpligtelserne under litra b), dvs. til at deltage i opbygningen og konsolideringen af salgsnettet og under litra d) dvs. til at underskrive samarbejdsaftaler, hvori grossisten forpligter sig til at opnå en omsætning, som SABA finder tilfredsstillende, og til at købe ind for et halvt år samt forpligter sig med hensyn til lagerbeholdningen, er mere vidtrækkende end de pligter, der normalt er forbundet med at drive grossistvirksomhed, og går ud over, hvad der er nødvendigt for et selektivt salgssystem, som er baseret på kvalitative krav;

disse forpligtelser medfører, at de autoriserede forhandlere bliver stærkt bundet til SABA, og de er egnede til at udelukke virksomheder, som ganske vist opfylder de kvalitative betingelser for at blive autoriserede, men som ikke kan eller vil underkaste sig disse forpligtelser, der således indirekte kan føre til en begrænsning i antallet af bestående og oprettelsen af nye salgssteder;

herefter kan de kun fritages for forbudet i artikel 85, stk. 1, hvis de opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3.

40 Ifølge Kommissionen (beslutning punkt 28) er grossisternes forpligtelse til »at deltage i udviklingen af salgsnettet« imidlertid ikke en konkurrencebegrænsning, som er omfattet af artikel 85, stk. 1;

denne bedømmelse tager ikke hensyn til nævnte aftalebestemmelses rækkevidde, idet det ikke er en grossists opgave at fremme en bestemt producents produktion, men at sikre en levering til detailhandelen under udnyttelse af konkurrencen mellem producenterne, således at de af en grossist påtagne forpligtelser, som begrænser hans frihed i denne henseende, udgør konkurrencebegrænsninger;

denne ukorrekte vurdering fra Kommissionens side kan imidlertid ikke betragtes som en mangel ved den anfægtede beslutning, idet forpligtelsen til at deltage i udviklingen af SABA's salgsnet reelt falder sammen med de i samarbejdsaftalen anførte forpligtelser, som efter Kommissionens opfattelse var konkurrencebegrænsende og kun lovlige inden for rammerne af artikel 85, stk. 3;

det vil derfor være at undersøge, om betingelserne i denne artikel er opfyldt.

41 »Samarbejdsaftalen«, som indgås mellem SABA og grossisten, omfatter:

1) almindelige forpligtelser for SABA (konsultation med SABA-grossistgrupperne vedrørende spørgsmål, som er vigtige for fælles forretningsforhold, teknisk oplysning, økonomisk samarbejde);

2) særlige ydelser fra SABA (reklamesamarbejde, godtgørelse af garantiydelser);

3) bestemmelser om de to aftaleparters forpligtelser med hensyn til leveringskontrakterne;

ifølge samme kontrakt skal SABA-grossisten dels indgå leveringskontrakter med SABA for et halvt år forud og af en størrelsesorden, der under hensyntagen til begge parter beregnes ud fra den sandsynlige vækst på hjemmemarkedet for artikler inden for underholdningselektronik, dels ligge inde med en vis lagerbeholdning;

desuden forpligter SABA-grossisten sig til at opnå en »rimelig« omsætning (ein angemessener Umsatz) med SABA-artikler;

SABA på sin side forpligter sig til at betale grossisterne en efter fakturaernes nettoværdi beregnet årlig præmie, der alt efter opfyldelsesgraden udgør mellem 0 og 2 % af leveringsaftalen;

denne »præmie« er desuden kombineret med en årlig »dispositionspræmie«, som betales ved fuldstændig eller mere end 95 % accept af de af SABA udarbejdede forslag til leverancer, forudsat at den på disse forslag beroende leveringskontrakt opfyldes.

42 Fritagelsen efter artikel 85, stk. 3, fra forbudet i artikel 85, stk. 1, er betinget af, 1) at aftalen bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, 2) at den sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, 3) at den ikke pålægger de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, 4) at den ikke giver disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

43 Med hensyn til den ovenfor nævnte første betingelse, skal det bemærkes, at såvel leveringsaftalerne for seks måneder som hensynet til markedets sandsynlige vækst gør det muligt at sikre dels en vis stabilitet i leveringen af de pågældende artikler, hvilket medfører en bedre dækning af de kunders behov, som grossisten leverer til, dels en på grund af disse leveringsaftalers relativt

korte varighed, en sådan grad af fleksibilitet, som giver mulighed for at tilpasse produktionen til de vekslende markedsbehov;

herved sikres en mere regelmæssig afsætning til gavn for producenten, som får del i den forventede udvidelse af markedet for det pågældende produkt, såvel som for grossisten, som sikres sin levering, og i sidste instans også for de virksomheder, som forsyner sig hos grossisten, idet udvalget af disponible artikler bliver større;

en anden salgsforbedring indeholdes i den samarbejdsaftalebestemmelse, som forpligter SABA til at betale grossisterne for deres garantiydelser og til at levere de reservedele, som er nødvendige for at garantireparationerne kan udføres;

desuden er leveringsaftaler for et rimeligt tidsrum en stabiliserende faktor for beskæftigelsen, hvilket betragtet som en forbedring af de almindelige produktionsvilkår, navnlig under en økonomisk lavkonjunktur, hører til de mål, som artikel 85, stk. 3, giver mulighed for at forfølge.

44 Dernæst skal det undersøges, om de begrænsninger, som grossisterne pålægges i samarbejdsaftalen, er nødvendige for at nå de tilsigtede mål.

45 Uden bindende aftaler af en vis varighed kan der ikke opstå noget fast forretningsforhold mellem producent og autoriseret grossist, hvilket medfører, at den stabilitet ikke vil blive nået, som er nødvendig, for at specialgrossister og producenter kan påtage sig de andre forpligtelser, som sikrer en forbedret levering;

ved sin antagelse af, at samarbejdsaftalen ved at begrænse den af leveringsaftalen omfattede periode til seks måneder forblev inden for det nødvendiges grænse, har Kommissionen ikke åbenbart overskredet sit frie skøn på dette område.

46 Artikel 85, stk. 3, bestemmer, at skal en konkurrencebegrænsende aftale kunne fritages, skal den ikke alene forbedre fordelingen af varerne men også sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved.

47 Ifølge den anfægtede beslutning er leveringsbetingelserne for grossisterne i henhold til samarbejdsaftalen egnede til umiddelbart at komme forbrugerne til gode, idet betingelserne sikrer en kontinuerlig forsyning og et bredere vareudbud hos detailhandlerne over for private, endelige forbrugere;

efter beslutningen er den skarpe konkurrence, som hersker på markedet for underholdningselektronik, desuden en tilstrækkelig tilskyndelse for SABA og grossisterne til at viderebringe de fordele til forbrugerne, som følger af rationaliseringen af produktionen og salget i kraft af samarbejdsaftalerne.

48 Under de givne omstændigheder indebærer en regelmæssig forsyning en fordel for forbrugerne, der er tilstrækkelig til at kunne anses som en rimelig andel af den fordel, som skyldes de forbedringer, der er fremkaldt af den af Kommissionen godkendte konkurrencebegrænsning;

selv om det kan betvivles, at konkurrencepresset skulle være tilstrækkeligt til, at SABA og grossisterne videregiver en andel af den fordel til forbrugerne, som er en følge af rationaliseringen af salgsnettet, og at kravet herom i artikel 85, stk. 3, skulle være opfyldt, kan den fordel, som forbrugerne opnår i kraft af en forbedret forsyning, imidlertid i den foreliggende sag anses som tilstrækkelig begrundelse for fritagelsen.

49 Endelig skal det undersøges, om forpligtelserne i samarbejdsaftalen giver de pågældende virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

50 Det fremgår af det anførte, at de betingelser, som SABA opstiller for at blive autoriseret SABA-grossist for størstedelens vedkommende uden besvær kan opfyldes af selvbetjeningsgrossister;

selv om derimod de leveringsaftaler, som grossisterne i henhold til samarbejdsaftalen er forpligtet til at underskrive, efter alt at dømme udgør en betingelse, som er usædvanlig for de for denne salgskanal gældende metoder, ses det ikke, at Kommissionen har overskredet grænserne for sit frie skøn ved inden for den særlige sektor for underholdningselektronik at have foretaget en afvejning af på den ene side de til sikring af sammenhængen i SABA's salgsnet, navnlig over for specialgrossisterne, nødvendige samarbejdsaftaler med på den anden side de ikke uovervindelige vanskeligheder, som disse medfører for selvbetjeningsgrossisterne, og herved at have givet førstnævnte hensyn forrang;

det kunne forholde sig anderledes, hvis selvbetjeningsgrossisterne faktisk udelukkedes som forhandlere af underholdningselektronik, navnlig ved en forøgelse af selektive salgsnet af tilsvarende karakter som SABA's;

imidlertid fremgår det af det anførte, at dette ikke var tilfældet på det tidspunkt, da den anfægtede beslutning blev vedtaget;

denne beslutning er således ikke åbenbart støttet på en ukorrekt bedømmelse af de økonomiske vilkår, hvorunder konkurrencen i den pågældende sektor udspiller sig;

51 sagsøgte vil herefter være at frifinde.

Vedrørende sagsomkostningerne

52 I henhold til artikel 69, stk. 2, i procesreglementet bliver den part, der taber sagen, dømt til at afholde sagsomkostningerne;

i henhold til andet punktum i denne bestemmelse træffer Domstolen afgørelse om sagsomkostningernes fordeling, hvis der er flere tabende parter;

da sagsøger ikke har fået medhold, dømmes denne part til at afholde sagsomkostningerne, idet dog intervenienten SB-Verband afholder de med dets intervention forbundne udgifter.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) **sagsøgte frifindes**

2) **intervenienten SB-Verband afholder de med dets intervention forbundne udgifter**

3) **sagsøger bærer de øvrige udgifter.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. oktober 1977.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident