DOMSTOLENS DOM
av den 25 oktober 1977*

Mål 26/76

Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Schlüterstraße 3, 4 Düsseldorf, företrätt av advokaten von der Osten, Düsseldorf, med delgivningsadress i Luxemburg hos Robert Elter, 11, boulevard Royal,

sökande,

och

Verband des SB-Großhandels e.V., Theaterstraße 8, 3 Hannover, företrädd av advokaten Bartholatus, Hamburg, med delgivningsadress i Luxemburg hos Robert Elter, 11, boulevard Royal,

intervenient,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Dieter Oldekop, medlem av kommissionens rättstjänst, med delgivningsadress i Luxemburg hos Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

svarande,

och

SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne GmbH), 7730 Villingen-Schwenningen, företrätt av advokaten Christian Hootz, Stuttgart, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georges Reuter, 12, rue Notre-Dame,

intervenient.

* Rättegångsspråk: tyska.

Talan avser ogiltigförklaring av Europeiska gemenskapernas kommissions beslut av den 15 december 1975 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/847-SABA; EGT nr 28, 3.2.1976, s. 19. fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå).

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden H. Kutscher, avdelningsordförandena M. Sørensen och G. Bosco samt domarna A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe och A. Touffait,

generaladvokat: G. Reischl,
justitiesekreterare: A. Van Houtte,

meddelar följande

dom

DOMSKÄL

1 Den talan som väckts av företaget Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (nedan kallat Metro) och som inkom till domstolens kansli den 11 mars 1976 har i första hand till syfte att få en ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 15 december 1975 (EGT nr L 28, 3.2.1976, s. 19) i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget angående det selektiva distributionssystem som upprättats av bolaget Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt, August Schwer und Söhne GmbH (nedan kallat SABA) för saluföring inom den gemensamma marknaden av apparater för underhållningselektronik med SABA:s varumärke.

Talan har för det andra till syfte att få en ogiltigförklaring av kommissionens vägran enligt dess skrivelse av den 14 januari 1976 att ändra sitt beslut av den 15 december 1975 och att få kommissionen att beakta de invändningar som på nytt har framställts av sökanden. Sökanden har emellertid redan haft tillfälle att åberopa dessa under det förhör med de berörda parterna och tredje man som kommissionen höll i enlighet med artikel 19 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 och kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 innan den fattade det angripna beslutet.

I artikel 1 i detta beslut fastställdes att SABA:s försäljningsvillkor för den inhemska marknaden (utgåva från maj 1972) inte omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Däremot beslöt kommissionen i artikel 2 att övriga bestämmelser för det berörda distributionssystemet skulle åtnjuta undantag enligt artikel 85.3.

2 Fastän talan har till syfte att få hela det angripna beslutet ogiltigförklarat framgår det av de grunder som åberopats att enligt dessa ifrågasätts endast lagenligheten av artikel 2 i detta beslut.

Upptagande till sakprövning

a) Skrivelsen av den 14 januari 1976

3 Kommissionen har bestritt att talan kan tas upp till prövning i den mån den riktas mot kommissionens vägran enligt dess skrivelse av den 14 januari 1976.

4 Denna vägran är endast en bekräftelse av beslutet av den 15 december 1975 och en ogiltigförklaring av denna vägran skulle vara liktydig med en ogiltigförklaring av beslutet och talan skall därför anses sakna föremål på denna andra punkt och därmed inte kunna tas upp till prövning.

b) Beslutet av den 15 december 1975

5 SABA, som intervenerat i tvisten till stöd för kommissionens yrkanden, har ansett att talan inte kan tas upp till prövning eftersom Metro inte är direkt och personligen berört av det beslut som bolaget har angripit.

6 I artikel 173 andra stycket i fördraget föreskrivs att fysiska eller juridiska personer får föra talan om ogiltigförklaring mot beslut som är riktade till dem eller mot de beslut som, även om de utfärdats i form av en förordning eller ett beslut riktat till en annan person, direkt och personligen berör dem.

Eftersom det angripna beslutet inte är riktat till Metro, måste det prövas om det berör Metro direkt och personligen.

7 Metro driver en s.k. självbetjäningspartihandel med cirka 30 försäljningsställen i Förbundsrepubliken Tyskland samt i vissa andra medlemsstater.

Denna distributionsform, som gör att Metro konkurrerar i synnerhet med specialiserade grossister, innebär att Metro hos engrostillverkarna köper in ett brett sortiment av livsmedel (avdelningen "food") och andra varor (avdelningen "non food") för återförsäljning företrädesvis, dels till detaljhandlare som återförsäljer dem, dels till näringsidkare som bedriver handels-, hantverks- eller industriverksamhet och som använder de inköpta varorna i sin verksamhet för yrkesmässigt bruk, dels slutligen till privata slutanvändare som betecknas som "institutionella", ett begrepp som parterna dock inte är eniga om.

Metro säljer sina varor enligt det s. k. "cash and carry"-systemet som innebär att köparna på försäljningsställena själva förser sig med varor som hålls i lager och presenteras på ett så enkelt sätt så att kunden lätt själv kan ta dem med sig och sedan betala varorna kontant, vilket resulterar i lägre priser och möjlighet att ta ut lägre vinstmarginaler än inom den traditionella partihandeln.

Denna distributionsform karakteriseras således både av speciella försäljningsmetoder och av sammansättningen av den kundkrets som grossisten vänder sig till.

8 Sökanden hade ansökt om att bli auktoriserad grossist för SABA:s apparater inom underhållningselektronik men fick avslag därför att sökanden inte ville acceptera ett visst antal villkor som SABA uppställde för auktorisation som SABA-grossist, villkor som enligt sökanden är oförenliga med självbetjäningspartihandelns struktur i den form som den utövas av sökanden.

Enligt sökanden gällde detta särskilt förbudet för SABA-grossisterna att leverera SABA:s apparater till näringsidkande slutanvändare, dvs. näringsidkare eller hantverkare som inte tillhör elektronikbranschen utan använder de inköpta apparaterna i sin verksamhet för yrkesmässigt ändamål samt förbudet mot att leverera till "institutionella" slutanvändare och också de förpliktelser som åläggs grossisterna genom det samarbetsavtal som knyter dem till SABA.

Däremot har intervenienten SABA anfört att dessa villkor är förenliga med Metros verksamhet och att Metros avslag snarare grundade sig på en försäljningsstrategi som går ut på att Metro skall agera både som grossist och detaljhandlare, något som SABA inte kan godkänna på grund av det egna

distributionssystemets struktur, där en klar åtskillnad görs mellan dessa två funktioner, vilket enligt intervenienten SABA står i överensstämmelse med den tyska förbundslagstiftningens krav.

9 På grund av detta avslag inkom sökanden den 7 och den 9 november 1973 till kommissionen med en begäran enligt artikel 3.2 b i förordning nr 17 i syfte att kommissionen skulle konstatera att SABA:s distributionssystem utgjorde en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget samt ålägga SABA att upphöra att använda detta system.

10 SABA hade å sin sida under åren 1962, 1963, 1969 och 1972 i syfte att erhålla icke-ingripandebesked enligt artikel 2 i förordning nr 17 eller förklaring om undantag enligt artikel 85.3 i fördraget och artikel 6 i förordning nr 17 till kommissionen anmält sina försäljningsvillkor för den inhemska marknaden, de ensamåterförsäljaravtal som SABA ingått med företag i andra medlemsstater, de distributionsavtal (Verpflichtungsscheine Vertriebsbindung SABA-Großhändler) som SABA låtit sina distributörer, grossister och detaljhandlare i Förbundsrepubliken Tyskland underteckna samt avtalen för EEG angående SABA-grossisternas och de specialiserade SABA-detaljhandlarnas skyldigheter (EWG-Verpflichtungsscheine SABA-Großhändler und SABA-Facheinzelhändler).

Den 22 juli 1974 - efter det att Metro hade ingett klagomålet - anmälde SABA också det standardsamarbetsavtal som de av SABA auktoriserade grossisterna måste ingå.

11 Enligt kommissionens bedömning hade Metro ett berättigat intresse i att få ett konstaterande av en eventuell överträdelse och därför undersökte kommissionen såväl begäran från Metro som begäran från SABA.

Sedan kommissionen först hade meddelat Metro att den ansåg att den inte kunde bifalla Metros klagomål men ändå i ett telex av den 6 december 1974 i enlighet med artikel 6 i förordning nr 99/63 hade uppmanat Metro att inkomma med sina synpunkter ändrade kommissionen till följd av sökandens synpunkter och förhöret med sökanden delvis sin inställning och förpliktade SABA att upphäva de skyldigheter som SABA ålägger grossisterna, dvs. förbudet mot försäljning till näringsidkande slutanvändare.

Efter det att SABA hade accepterat bl.a. denna ändring fattade kommissionen det angripna beslutet som emellertid på åtskilliga punkter bibehåller de särskilda bestämmelser som gäller för det distributionssystem som sökanden har kritiserat under det administrativa förfarandet.

12 Metro, som ansåg att det på detta sätt godkända distributionssystemet innebar att rättsstridiga hinder för Metros godkännande som SABA-grossist bibehölls, väckte därför förevarande talan.

13 Av det som anförts ovan framgår att det angripna beslutet bl.a. fattades till följd av ett klagomål som framställts av Metro samt att i beslutet behandlas bestämmelser för SABA:s distributionssystem som detta bolag har åberopat och fortsätter att åberopa som grund för sin vägran att sälja till Metro och att ge detta företag auktorisation som grossist och som sökanden därför ifrågasatte i sitt klagomål.

Av hänsyn till såväl en god rättsvård som en korrekt tillämpning av artiklarna 85 och 86, skall de fysiska eller juridiska personer, som enligt artikel 3.2 b i förordning nr 17 har rätt att begära att kommissionen konstaterar en överträdelse av artiklarna 85 och 86, ha en möjlighet att föra talan till skydd för sina berättigade intressen, när deras begäran helt eller delvis har avslagits.

Under dessa förhållanden skall sökanden anses som direkt och personligen berörd av det omtvistade beslutet i den mening som avses i artikel 173 andra stycket och talan skall följaktligen tas upp till sakprövning.

Saken

14 Sökanden har anfört att kommissionen då den fattade det omtvistade beslutet har åsidosatt dels artikel 85.3 i fördraget genom att bevilja undantag från förbudet i artikel 85.1 fastän förutsättningar inte fanns för att bevilja ett sådant undantag, dels artikel 86 i fördraget genom att godkänna missbruk av en dominerande ställning.

15 En tillämpning av artikel 86 i fördraget kan endast komma i fråga om SABA har en dominerande ställning och därför skall det först undersökas om så är fallet.

I - Frågan om SABA innehar en dominerande ställning

16 Sökanden har till stöd för sitt påstående om att SABA innehar en dominerande ställning på marknaden för underhållningselektronik i Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att det i denna medlemsstat finns tio tillverkare som aktivt sysslar med tillverkning av apparater för underhållningselektronik men att sex av dessa innehar marknadsandelar som tillsammans utgör den största delen av marknaden och att SABA då det gäller färgtelevision med en daglig tillverkning på tusen apparater har en marknadsandel som ligger över genomsnittet.

Sökanden har tillagt att SABA:s apparater trots priset tack vare sin höga kvalitet är efterfrågade av kunderna så att varje distributör från sitt varusortiment måste kunna utbjuda SABA-apparater med risk för att han annars skulle hamna i en ogynnsam konkurrenssituation.

17 Enligt de uppgifter som har framlagts av kommissionen och som sökanden inte har bestritt finns det för närvarande tjugosex tyska tillverkare på marknaden för underhållningselektronik av vilka åtta, bland dem SABA, innehar omkring 90 % av marknaden - SABA:s marknadsandel ligger på mellan 5 och 10 %.

Särskilt då det gäller televisionsapparater, vars dagliga produktionssiffra har åberopats av sökanden till stöd för dennes påståenden, framgår det av de uttalanden som gjorts av kommissionen för 1975 och som sökanden godtagit som representativa, att åtta tillverkare täcker 91 % av den tyska marknaden och att en av dessa täcker över 25 %, tre 10 % medan övriga fyra, däribland SABA, har marknadsandelar på 7 eller 6 %.

Av dessa uppgifter framgår att det handlar om relativt blygsamma marknadsandelar även om man - vilket inte har påstått och än mindre har visats - måste betrakta marknaden för färgtelevisionsapparater - och inte marknaden för samtliga underhållningselektronikprodukter - som den relevanta marknaden.

Även om ett företags marknadsandel inte nödvändigtvis utgör det enda kriteriet på att det föreligger en dominerande ställning kan det dock med rätta fastslås att det är uteslutet att, utom under särskilda omständigheter, en så begränsad marknadsandel som den som SABA innehar på en marknad för tekniskt avancerade men i det stora flertalet köpares ögon lätt utbytbara produkter skall anses utgöra en dominerande ställning.

Detta gäller desto mera eftersom det är klarlagt att det råder en livlig konkurrens mellan de olika tillverkarna.

Den omständigheten att den ifrågavarande produkten har en kvalitet, som bidrar till att distributörerna tar in produkten i sitt erbjudna sortiment, utgör inte i sig en omständighet som gör det möjligt för tillverkaren att i betydande omfattning handla utan att behöva ta hänsyn till konkurrenternas förhållningssätt och som följaktligen ger tillverkaren en dominerande ställning, utan utgör ett bland flera konkurrensmedel.

Detsamma gäller den omständigheten, som åberopats av sökanden och intervenienten Verband des Selbstbedienungs-Großhandels (nedan kallad SB-Verband), att andra tillverkare av underhållningselektronik har upprättat eller kommer att upprätta selektiva distributionssystem som liknar dem som kommissionen har godkänt i det angripna beslutet.

Denna omständighet kan möjligtvis tas under övervägande vid bedömningen av om det omtvistade systemet är förenligt med artikel 85 i fördraget, men kan inte med hänsyn till omständigheterna i detta fall medföra att SABA:s ställning på den relevanta marknaden kan betraktas som en dominerande ställning.

18 Då SABA inte innehar en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget kan denna bestämmelse inte tillämpas på SABA och därför skall talan ogillas i den mån som den grundar sig på SABA:s överträdelse av artikel 86.

II – Tillämpningen av artikel 85

19 Enligt sökanden har artikel 2 i det angripna beslutet drag av maktmissbruk eftersom kommissionen inte har tagit hänsyn till "vad som är föremål för det skydd som införts genom artikel 85, (nämligen) den fria konkurrensen till konsumentens fördel men inte för tillvaratagande av en tillverkares och en bestämd grupp företagares sammanfallande intressen i syfte att uppnå en enligt de senares uppfattning tillfredsställande prisnivå."

För det fall att det omtvistade distributionssystemet skulle anses kunna åtnjuta undantag från förbudet genom tillämpning av artikel 85.3 har sökanden dessutom gjort gällande att kommissionen inte har tillämpat denna bestämmelse på ett korrekt sätt då den beviljat undantag för konkurrensbegräns-

ningar som inte var absolut nödvändiga för att uppnå de mål som uppställts beträffande förbättring av produktionen eller distributionen eller främjande av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande men som leder till att konkurrensen sätts ur spel mellan grossisterna inom självbetjäningshandeln.

A – Förekomsten av maktmissbruk

20 Enligt bestämmelserna i artiklarna 3 och 85 i EEG-fördraget om att konkurrensen inte får snedvridas, förutsätts att det finns en effektiv konkurrens (workable competition) på marknaden, dvs. den grad av konkurrens som är nödvändig för att de grundläggande kraven i fördraget skall uppfyllas och för att målen i fördraget skall uppnås, i synnerhet skapandet av en gemensam marknad med förhållanden som liknar dem som råder på en nationell marknad.

Detta krav innebär att konkurrensens karaktär och intensitet kan variera i förhållande till ifrågavarande varor eller tjänster och till den ekonomiska strukturen på de relevanta branschmarknaderna.

Särskilt inom branschen för produktion av varaktiga och tekniskt avancerade konsumtionsvaror av hög kvalitet inom vilken ett relativt begränsat antal stora och medelstora tillverkare utbjuder ett varierat sortiment apparater som är lätt utbytbara, i vart fall i konsumenternas ögon, är marknadsstrukturen inte till hinder för förekomsten av sinsemellan olika distributionskanaler som är anpassade till de olika tillverkarnas individuella särdrag och de olika konsumentgruppernas behov.

Med tanke på detta har kommissionen med rätta medgett att selektiva distributionssystem utgör ett bland flera konkurrensmedel som är förenligt med artikel 85.1 under förutsättning dels att valet av återförsäljare sker enligt objektiva kriterier av kvalitativ natur som grundar sig på återförsäljarens och dennes personals yrkesmässiga kvalifikationer samt på fackmässig teknisk utrustning, dels att dessa villkor fastställs på ett enhetligt sätt gentemot alla de återförsäljare som kan komma i fråga och att dessa villkor tillämpas utan diskriminering.

21 Det är riktigt att i dessa distributionssystem läggs i allmänhet inte tonvikten uteslutande och inte heller huvudsakligen på priskonkurrens.

Detta gäller särskilt då, såsom i detta fall, sådana villkor ställs - för att man skall få tillgång till distributionsnätet - som går utöver vad som är nödvändigt vid distributionen av produkterna med tanke på deras beskaffenhet.

Fastän priskonkurrens är så viktig att den aldrig helt får undanröjas, utgör den inte det enda effektiva konkurrensmedlet och inte heller det konkurrensmedel som under alla förhållanden skall ges absolut prioritet.

Av de befogenheter som kommissionen har enligt artikel 85.3 framgår det att nödvändigheten att bibehålla en effektiv konkurrens kan förenas med skyddet för olika slags mål och att vissa konkurrensbegränsningar kan tillåtas i detta syfte, om de är absolut nödvändiga för att förverkliga dessa mål och inte leder till att konkurrensen sätts ur spel inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

De specialiserade grossisternas och detaljhandlarnas strävan att upprätthålla en viss prisnivå som i konsumenternas intresse gör det möjligt att bibehålla ett distributionssystem vid sidan av nya distributionsformer med en annan konkurrensstrategi tillhör de målsättningar som får genomföras utan att nödvändigtvis omfattas av förbudet i artikel 85.1 och som, om detta helt eller delvis skulle vara fallet, kan uppfylla kriterierna i artikel 85.3.

Detta är i ännu högre grad fallet när dessa förhållanden bidrar till en förstärkt konkurrens i den mån som konkurrensen gäller andra faktorer än priset.

22 Även om det av de siffror som framlagts av de båda parterna i frågan om huruvida det förekommer priskonkurrens mellan SABA:s distributörer framgår att prisstrukturen i viss mån är stel, kan man dock inte dra den slutsatsen att konkurrensen är begränsad eller satt ur spel inom underhållningselektronikbranschen på grund av att det förekommer såväl andra faktorer i konkurrensen mellan produkter av ett och samma varumärke (intrabrand) som en effektiv konkurrens mellan olika varumärken.

Det är dock kommissionens uppgift att tillse att stelheten i denna struktur inte förstärks, vilket skulle kunna ske om antalet selektiva distributionsnät för saluföring av en och samma produkt ökar.

Genom att kommissionen begränsade giltigheten för det begärda undantaget till den 21 juli 1980 förbehöll den sig möjligheten att inom en skälig tidsfrist på nytt ta upp följderna av sitt beslut till prövning i detta avseende.

Under dessa förhållanden kan invändningen om maktmissbruk inte godtas.

B – Tillämpningen av artikel 85.3

23 I detta hänseende gäller sökandens klagomål huvudsakligen fyra frågor nämligen:

a) den skyldighet som ålagts SABA:s distributörer – grossister och detaljhandlare – att kontrollera att de återförsäljare som de levererar SABA-apparater till är auktoriserade distributörer samt att i detta hänseende utföra ett visst antal kontroller;

b) förbudet för SABA-grossister att i Förbundsrepubliken Tyskland leverera till slutliga s.k. "institutionella" konsumenter;

c) skyldigheten för samma grossister att, då de levererar till slutliga s.k. "näringsidkande" konsumenter, kontrollera att dessa uteslutande använder de inköpta apparaterna till att främja företagets lönsamhet och inte för något som helst privat bruk;

d) grossisternas skyldighet att medverka till att SABA:s distributionsnät utvidgas genom att grossisterna med SABA sluter avtal om leveransplaner inför varje halvårsskifte.

Sökanden har anfört att det här är fråga om sådana konkurrensbegränsningar som kommissionen har beviljat undantag enligt artikel 85.3 fastän dessa inte är nödvändiga för att i detta fall uppnå målen i denna bestämmelse och som dessutom kan äventyra förekomsten av andra distributionskanaler såsom självbetjäningsgrossisterna – distributionskanaler som baserar sig på en annan konkurrensstrategi.

24 Innan dessa klagomål tas upp till prövning skall det noteras att enligt kommissionens uppfattning har visserligen samtliga bestämmelser för det selektiva distributionssystem som avses i artikel 2 i det angripna beslutet beviljats undantag enligt artikel 85.3 men detta innebär dock inte att varje del i detta system är oförenlig med förbudet i artikel 85.1.

Det framgår däremot av såväl skälen för det angripna beslutet som de närmare förklaringar som avgetts under det muntliga förfarandet att det endast är vissa av dessa delar som utgör sådana konkurrensbegränsningar för vilka det var nödvändigt att bevilja undantag.

Enligt svaranden utgör följande omständigheter inte konkurrensbegränsningar: a) villkor för auktorisation som distributör vilka berör distributörernas yrkesmässiga kvalifikationer, försäljningspersonalens fackkunskaper, medverkan från SABA-grossisterna vid utvidgningen av distributionsnätet och i kundservicen samt försäljningslokalernas inredning (punkt 28 i beslutet) och b) förbudet att leverera till slutliga s.k. "institutionella" konsumenter (punkt 34 i beslutet).

Distributörernas skyldighet att kontrollera om de återförsäljare som de levererar till är auktoriserade av SABA och deras skyldighet att föra ett register över de apparater som sålts med uppgift om deras nummer och namnet på köparna (punkt 11, b och c samt punkt 29 i beslutet) samt skyldigheterna enligt samarbetsavtalet (punkt 29 i beslutet) omfattas däremot av förbudet i artikel 85.1 men kan beviljas undantag.

25 För var och en av de omständigheter som har bestritts av sökanden skall det prövas om kommissionen har bedömt dem på ett riktigt sätt då det gäller frågan om artikel 85.1 är tillämplig på dem och, om de omfattas av förbudet i denna artikel, om kommissionen då den beviljade undantag för dem enligt artikel 85.3 har tillämpat denna bestämmelse korrekt.

1) Skyldigheten för SABA:s distributörer att för återförsäljning endast leverera till auktoriserade grossister eller detaljhandlare

26 Sökanden har gjort gällande att grossisternas skyldighet att före leveransen till återförsäljaren personligen kontrollera om återförsäljaren faktiskt är auktoriserad av SABA och då särskilt skyldigheten att dels föra ett register över alla SABA-apparater som har levererats med uppgift om numren samt försäljningsdatum och köparens namn, dels strikt kontrollera dessa uppgifter, går utöver vad som är nödvändigt för att bibehålla ett selektivt distributionsnät och utgör en skyldighet som är oförenlig med självbetjäningspartihandelns struktur.

27 Varje saluföringssystem som grundar sig på ett urval av försäljningsställen innebär med nödvändighet - med risk för att detta system annars skulle sakna betydelse - en skyldighet för de grossister som ingår i distributionsnätet att leverera endast till auktoriserade återförsäljare och följaktligen en möjlighet för den berörde tillverkaren att kunna kontrollera att denna skyldighet uppfylls.

Så länge som de skyldigheter till kontroll som godtagits inte går utöver det eftersträvade målet kan de i sig inte utgöra en konkurrensbegränsning utan utgör en biförpliktelse som bidrar till att säkerställa att den grundläggande skyldigheten uppfylls.

Kommissionen borde ha kunnat räkna med att ifrågavarande skyldigheter som ålagts genom tidigare nämnda "Verpflichungsschein" inte går utöver vad som är nödvändigt för en skälig kontroll och att de ingår i en grossists normala förpliktelser, eftersom identifieringen av de detaljhandlare som fått leverans och av de levererade varorna är ett normalt krav inom grossiströrelse då det gäller varaktiga konsumtionsvaror.

Eftersom dessa skyldigheter till kontroll, i den mån som de har till syfte att säkerställa att villkoren för auktorisation iakttas i fråga om yrkeskunskap, inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas, omfattas de inte av tillämpningsområdet för artikel 85.1 medan de, i den mån som de skall garantera att mer tvingande skyldigheter uppfylls, kommer att omfattas av förbudet i artikel 85.1, om de inte i förekommande fall tillsammans med den grundläggande skyldighet som de är underordnade åtnjuter undantag enligt artikel 85.3.

Ovanstående skyldigheters förenlighet med fördraget beror följaktligen på hur de andra delarna i distributionssystemet, vilka har kritiserats av sökanden, skall bedömas.

2) Förbudet mot direktleveranser till institutionella slutanvändare

28 Visserligen förpliktade kommissionen SABA att upphäva förbudet för grossisterna att leverera till näringsidkande slutanvändare, men den tillät SABA att bibehålla förbudet mot att leverera till privata konsumenter inklusive s.k. "institutionella" slutliga storförbrukare såsom skolor, sjukhus, kaserner, myndigheter och andra kunder av samma kategori.

Kommissionen anser att denna begränsning i grossisterna verksamhetsområde, förutom att den står i överensstämmelse med bestämmelserna i den tyska lagstiftningen, inte utgör en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, eftersom den svarar mot funktionsuppdelningen mellan grossister och detaljhandlare och grossisterna utan en sådan funktionsuppdelning skulle få en oberättigad konkurrensfördel i förhållande till detaljhandlarna vilken inte står i överensstämmelse med de prestationer som tillhandahållits och inte heller omfattas av skyddet i artikel 85.

29 Det är klarlagt att flera medlemsstater har infört regler för detaljhandelns och grossisthandelns rättsliga ställning med olika bl.a. sociala och skattemässiga skyldigheter och pålagor, så att konkurrensen skulle snedvridas om grossisterna, vars pålagor i allmänhet är mindre betungande med hänsyn till just det distributionsled inom vilket de är verksamma, skulle konkurrera med detaljhandlarna i detaljhandelsledet och särskilt vid leverans till privata användare.

Kommissionen har inte åsidosatt artikel 85.1 då den ansåg att denna funktionsuppdelning i princip är förenlig med kravet på att konkurrensen inte får snedvridas.

Sökanden har för övrigt inte ifrågasatt denna ståndpunkt och har till och med påstått att dess säljsystem är så organiserat att denna funktionsuppdelning skall iakttas men har gjort gällande att direkt leverans till betydande slutliga s.k. "institutionella" konsumenter ingår i grossistfunktionen.

I detta avseende har sökanden åberopat ordalydelsen i artikel 2.2 i rådets direktiv av den 25 februari 1964 om att uppnå etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster för verksamhet inom partihandel som har följande innehåll: "I detta direktiv avses med *partihandel* alla former av verksamhet som utövas av fysiska personer, bolag eller enskilda firmor, vilka som ett led i sin verksamhet köper produkter i eget namn och för egen räkning och återförsäljer dessa varor till andra grossister eller detaljister, för vidareförädling, för näringsverksamhet eller till storförbrukare."

30 I detta direktiv ges en definition av grossistfunktionen med tanke på tillämpningen av fördragets regler om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster men direktivet kan inte tolkas så att det är avsett att lösa konkurrensfrågorna i artikel 85.

Visserligen måste vissa privata användare såsom institutionerna givetvis köpa stora mängder varor, t.ex. livsmedel, i stora mängder men att de till sin natur är institutioner innebär inte att de då det gäller alla slags varor kan karakteriseras som storförbrukare.

Kommissionen har inte överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning på detta område då den antog att man inte skulle vara tvungen att göra åtskillnad mellan olika kategorier av slutliga icke-näringsidkande slutanvändare, då det gäller produkter som tillverkas av SABA.

Detta gäller desto mera som det under alla förhållanden var sökanden som skulle ha visat att i underhållningselektronikbranschen är det till sökanden som privata icke-näringsidkande institutionella konsumenter vänder sig eller har vänt sig för stora leveranser. Sökanden har emellertid inte framlagt någon form av bevis till stöd för sitt påstående i detta hänseende.

3) Skyldigheten för grossisterna vid leverans till näringsidkande slutanvändare att tillse att de inköpta SABA-apparaterna används i näringsverksamhet

31 Enligt punkt 15 i det angripna beslutet är enligt punkt 2.2 i distributionsavtalet "Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler" dessutom de tyska SABA-grossisterna förbjudna att inom Förbundsrepubliken Tysklands territorium och i Västberlin leverera SABA-apparater till de slutliga konsumenterna, utom om dessa:

— bevisligen driver näringsverksamhet

— uteslutande använder SABA-produkter för sådana ändamål i näringsverksamheten som främjar företagets lönsamhet och de undertecknar en av SABA föreskriven förklaring som skall garantera att denna skyldighet iakttas och som på ett objektivt sätt styrker detta näringssyfte och gör att det är uteslutet att någon annan användning eller återförsäljning får förekomma.

32 Av dessa överväganden framgår att kommissionen under tvistens administrativa skede har i enlighet med Metros ståndpunkt medgett att förbudet för SABA-grossisterna att sälja till detaljhandlare som inte tillhör underhållningselektronikbranschen men som vill köpa SABA-apparater för att använda dem för yrkesmässigt ändamål i sina respektive företag inte är förenligt med artikel 85.1 och inte kan åtnjuta undantag enligt artikel 85.3.

Den omständigheten att en otillbörlig konkurrensbegränsning upphävs måste dock kunna förenas med skyldigheten att upprätthålla förbudet för grossisterna att leverera till slutanvändarna för deras privata behov.

Tillverkaren har följaktligen rätt att kontrollera att denna skyldighet iakttas, vilken är nödvändig för att tillverkarens distributionssystem skall kunna upprätthållas inom två distributionsled, eftersom tillverkaren i annat fall inte kan kräva att de av honom auktoriserade detaljhandlarna fullgör de prestationer som är nödvändiga för att ett selektivt distributionssystem skall kunna fungera i enlighet med sitt syfte.

Sökanden har påstått, utan att emellertid kunna framlägga några övertygande bevis, att den i detta hänseende föreskrivna skyldigheten till kontroll enligt "Verpflichtungsscheine" är oförenlig med självbetjäningspartihandelns krav och således skulle bidra till att denna form av konkurrens sätts ur spel.

33 Enligt de upplysningar som lämnats av sökanden själv baserar sig självbetjäningspartihandeln framför allt på den omständigheten att tillträde till försäljningslokalerna är uteslutande förbehållet innehavare av personliga köpkort, på vilka innehavarens namn står angivet, något som gör det möjligt att inte endast identifiera kundens namn utan också att kontrollera om det är fråga om en fysisk eller juridisk person som driver handels-, hantverks- eller industriverksamhet.

I enlighet med den tyska lagstiftningens krav utförs, i vart fall inom avdelningen "non food", en kontroll innan varorna lämnar försäljningslokalerna för att man skall kunna vara säker på att det är fråga om inköp som gjorts antingen för återförsäljning eller för användning i köparens näringsverksamhet och inte om inköp för privat bruk.

De i "Verpflichtungsschein" föreskrivna kontrollåtgärderna har huvudsakligen samma omfattning förutom att grossisten enligt denna är skyldig att underteckna en förklaring i vilken denne bekräftar att inköpet har skett i hans näringsverksamhet.

Under dessa omständigheter framstår inte detta ytterligare krav som oskäligt eller som att det skulle utgöra ett allvarligt hinder, vilket är oförenligt med självbetjäningspartihandelns karaktär med tanke på det eventuella missbruk som de utvidgade möjligheterna till försäljning för andra ändamål än återförsäljning innebär.

Detta gäller i desto högre grad eftersom den ålagda skyldigheten inte inbegriper en skyldighet att personligen kontrollera att köparna fullföljer de förpliktelser som de undertecknat.

4) Grossisternas skyldighet att medverka till utvidgningen av SABA:s distributionsnät genom undertecknande av samarbetsavtalen

34 För att en grossist skall bli godkänd som SABA-grossist i Förbundsrepubliken Tyskland och i Västberlin skall enligt punkt 9 i beslutet följande villkor vara uppfyllda: " SABA har förklarat för kommissionen att bolaget i princip är berett att leverera sina produkter inom Förbundsrepubliken Tyskland och i Västberlin till alla grossister:

a) som driver en specialaffär, dvs. grossister som uppnår en omsättning som till mer än 50 % härrör från försäljningen av radio- och televisionsapparater samt bandspelare eller andra elektriska artiklar eller som har öppnat en specialavdelning för grossistförsäljning av radio- och televisionsapparater samt bandspelare och vilkas omsättning är jämförbar med en specialgrossists som har specialiserat sig på produkter inom underhållningselektroniken;

b) som medverkar till att bygga upp och förstärka SABA:s distributionsnät;

c) som deltar i SABA:s kundservice och som bl.a. kan ge teknisk service till kunderna och garantera att fackmässigt korrekta råd ges genom att personalen är yrkesutbildad;

d) som undertecknar SABA:s samarbetsavtal, och

e) som undertecknar SABA:s "Verpflichtungsscheine" och iakttar de skyldigheter i fråga om distribution som åläggs därigenom.

35 Enligt sökanden utgör skyldigheterna under a) (specialaffär eller specialavdelning) b) (förstärkning av SABA:s distributionsnät) och d) (samarbetsavtal) sådana konkurrensbegränsningar som är förbjudna enligt artikel 85.1 och som kommissionen inte kan bevilja undantag på grundval av artikel 85.3 eftersom förutsättningarna för ett sådant undantag inte är uppfyllda.

a) Skyldigheten att öppna en specialavdelning och att uppnå en omsättning som är jämförbar med en specialiserad grossists omsättning

36 Fastän detta dubbla villkor inte uttryckligen nämns i de olika avtalstexter som framlagts för domstolen (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler, Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland, EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler, Kooperationsvertrag) framgår det att villkoret har omnämnts under den förberedande handläggningen av Metros klagomål bl.a. i en skrivelse från SABA av den 20 februari 1975 vars innehåll delgavs sökanden den 5 mars 1975.

Av detta framgår att det rör sig om ett auktorisationsvillkor för SABA-distributörer när det handlar om icke-specialiserade grossister och att detta villkor utgör en del av hela det distributionssystem som har godkänts av kommissionen.

Därför skall villkorets räckvidd prövas såväl i förhållande till artikel 85.1 som till artikel 85.3.

37 Skyldigheten för icke-specialiserade grossister att öppna en specialavdelning för underhållningselektronikprodukter skall vara en garanti för att ifrågavarande produkter säljs under lämpliga förhållanden och utgör följaktligen inte en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1.

Däremot går skyldigheten att uppnå en omsättning, som är jämförbar med en specialiserad grossists omsättning, utöver de kvalitetskrav som är kännetecknande för ett selektivt distributionssystem och skall följaktligen bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i artikel 85.3.

38 Denna skyldighet sammanfaller emellertid i detta fall med skyldigheten enligt sambarbetsavtalen att uppnå en tillräckligt hög omsättning och därför skall detta villkor prövas samtidigt som dessa avtal.

b) Skyldigheten under b) (att medverka till att distributionsnätet utvidgas) och skyldigheten under d) (att underteckna samarbetsavtal)

39 Skyldigheten under b) dvs. att medverka till att bygga upp och utvidga distributionsnätet och skyldigheten under d) dvs. underteckna samarbetsavtal enligt vilka grossisten förbinder sig att uppnå en omsättning som av SABA bedöms som tillräckligt hög och som innebär att grossisten binder sig för

inköp under en sexmånadersperiod samt skyldigheterna till lagerhållning är mera vittomfattande än de skyldigheter som normalt tillhör grossistverksamheten och går utöver vad som är nödvändigt för ett selektivt distributionssystem som baserar sig på kvalitativa krav.

Dessa skyldigheter får till resultat att de auktoriserade distributörerna blir starkt bundna till SABA och kan medföra att företag, som fastän de uppfyller de kvalitativa villkoren för att de skall bli godkända, inte kan eller vill underkasta sig dessa skyldigheter, vilket således indirekt kan leda till en begränsning såväl av antalet redan etablerade försäljningsställen som av etableringen av nya försäljningsställen.

Följaktligen kan dessa skyldigheter endast undantas från förbudet i artikel 85.1 om villkoren för tillämpning av artikel 85.3 är uppfyllda.

40 Enligt kommissionen (punkt 28 i beslutet) utgör inte grossisternas skyldighet att "delta i utvidgandet av distributionsnätet" en konkurrensbegränsning som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85.1.

Genom en sådan bedömning underskattas räckvidden av denna bestämmelse eftersom en grossists funktion inte är att främja en viss tillverkares produktion utan att säkerställa leveranser till detaljhandeln som drar nytta av konkurrensen mellan tillverkarna. Förpliktelser som en grossist har åtagit sig och som begränsar hans frihet i detta avseende utgör följaktligen konkurrensbegränsningar.

Av denna oriktiga bedömning följer dock inte att det angripna beslutet skall anses som felaktigt därför att skyldigheten att delta i utvidgningen av SABA:s distributionsnät faktiskt sammanfaller med de skyldigheter som anges i det samarbetsavtal som kommissionen har ansett vara en sådan konkurrensbegränsning som endast är tillåten inom ramen för artikel 85.3.

Det finns således anledning att pröva om villkoren för denna bestämmelse är uppfyllda.

41 "Samarbetsavtalet" som skall ingås mellan SABA och grossisten medför:

1) allmänna skyldigheter för SABA (samråd med SABA:s grossistgrupper om frågor av intresse för bilaterala affärsrelationer, teknisk information, ekonomiskt samarbete),

2) mer specifika prestationer från SABA (reklamsamarbete, ersättning för garantiservice),

3) bestämmelser om de båda parternas skyldigheter i fråga om leveransavtalen.

Enligt detta avtal skall SABA-grossisten dels ingå leveransavtal med SABA sex månader i förväg för en varuvolym som, på ett för båda parter riktigt sätt, beräknas utifrån en sannolik tillväxt av den inhemska marknaden för underhållningselektronik, dels svara för en viss lagerhållning.

Dessutom förbinder sig SABA-grossisten att uppnå en "lämplig" omsättning (ein angemessener Umsatz) av SABA-apparater.

SABA å sin sida förbinder sig att till grossisterna utbetala en årlig bonus som beräknas på det fakturerade nettovärdet och som till sitt belopp varierar mellan 0 och 2 % beroende på i vilken grad som grossisternas åtaganden skall fullgöras enligt respektive leveransavtal.

Denna "bonus" kombineras dessutom med en årlig "dispositionsbonus" som utbetalas om grossisten till 100 % eller till mer än 95 % godkänner SABA:s förslag till leveranser under förutsättning att det leveransavtal som dessa förslag baserar sig på fullgörs.

42 Enligt artikel 85.3 ställs som villkor för undantag från förbudet i artikel 85.1) att avtalet bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, 2) att genom avtalet användarna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås, 3) att genom avtalet inte begränsningar åläggs som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål, 4) att avtalet inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

43 Angående det första av ovannämnda villkor skall det anmärkas att såväl den omständigheten att avtalen skall ingås för en tid av sex månader och att hänsyn måste tas till marknadens sannolika tillväxt bör göra det möjligt att säkerställa dels en viss stabilitet i leveransen av ifrågavarande varor, vilket bör leda till ett bättre täckande av behoven hos de kunder som får leveranser från grossisten, dels, på grund av dessa leveransavtals relativt korta giltighetstid, en sådan grad av flexibilitet som gör det möjligt att anpassa tillverkningen till marknadens växlande behov.

På så sätt säkerställs en mer regelbunden distribution som är till fördel dels för tillverkaren som får del i den förväntade tillväxten på marknaden för ifrågavarande vara, dels för grossisten vars leveranser säkerställs och slutligen för de företag som får leveranser från grossisten genom att ett större sortimentet av varor blir tillgängligt för dem.

Ytterligare en förbättring av distributionen beror på den bestämmelse i samarbetsavtalet enligt vilken SABA förpliktas att gottgöra grossisterna för garantiservice och att leverera de reservdelar som är nödvändiga för att garantireparationer skall kunna utföras.

Den omständigheten att man har slutit avtal om leveransplaner med en rimlig varaktighet utgör dessutom en stabiliserande faktor då det gäller bibehållen sysselsättning vilket är något som, om man tar en förbättring av de allmänna produktionsvillkoren i betraktande – speciellt under en ogynnsam ekonomisk konjunktur – bör eftersträvas inom ramen för målsättningarna enligt artikel 85.3.

44 Därefter skall det prövas om de begränsningar som grossisterna har ålagts genom samarbetsavtalet är absolut nödvändiga för att man skall kunna uppnå de mål som uppställts.

45 Utan bindande avtal av en viss varaktighet kan affärsrelationerna mellan tillverkaren och den auktoriserade grossisten endast få formen av tillfälliga kontakter, vilket gör att det är omöjligt att uppnå den stabilitet som är nödvändig för att de specialiserade grossisterna och tillverkarna skall kunna påta sig ytterligare skyldigheter som garanterar förbättrade leveranser.

Då kommissionen gjorde den bedömningen att samarbetsavtalet höll sig inom gränserna för det som är nödvändigt genom att avtalstiden för leveransavtalet begränsades till sex månader i detta avtal, har den inte uppenbart överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning på detta område.

46 I artikel 85.3 föreskrivs att ett konkurrensbegränsande avtal skall, för att kunna åtnjuta undantag, inte endast förbättra distributionen av varor utan också tillförsäkra användarna en skälig andel av den vinst som uppnås därigenom.

47 Enligt det angripna beslutet kan leveransvillkoren för grossisterna enligt vad som följer av samarbetsavtalet direkt gynna användarna eftersom det genom dessa säkerställs kontinuerliga leveranser och ett större varuutbud hos detaljhandlarna för de privata slutanvändarna.

Enligt beslutet skulle dessutom den livliga konkurrens som råder inom underhållningselektronikbranschen utöva tillräcklig press på SABA och grossisterna så att de förmås att till användarna överföra de rationaliserings- och distributionsfördelar som följer av samarbetsavtalet.

48 Med hänsyn till omständigheterna i detta fall utgör regelbundna leveranser en tillräckligt stor fördel för användarna för att sådana leveranser skall kunna betraktas som en skälig andel av den vinst som uppstår genom de förbättringar som den av kommissionen godkända konkurrensbegränsningen har gett upphov till.

Även om det är tveksamt huruvida kravet i artikel 85.3 skulle vara uppfyllt då man antar att det tack vare konkurrensen kommer att utövas en tillräckligt stor press på SABA och grossisterna så att de till konsumenterna överför en del av vinsten från rationaliseringen av distributionsnätet, kan det emellertid i detta fall anses föreligga tillräckliga skäl för att bevilja undantag genom den fördel som användarna får i form av förbättrade leveranser.

49 Slutligen skall det prövas om skyldigheterna i samarbetsavtalet inte ger de berörda företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga.

50 Av ovanstående överväganden följer att de villkor som SABA har uppställt för auktorisation som SABA-grossist till stor del utan olägenhet kan uppfyllas av självbetjäningsgrossisterna.

De leveransplaner som grossisterna är skyldiga att underteckna i samarbetsavtalet utgör med all sannolikhet en omständighet som är främmande för de särskilda metoder som används för denna distributionskanal. Däremot framgår det inte att kommissionen har överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning då den speciellt för underhållningselektronikbranschen gjorde en avvägning mellan å ena sidan den omständigheten att samarbetsavtalen är nödvändiga, särskilt med hänsyn till de specialiserade grossisterna, för att säkerställa att SABA:s distributionsnät är tillräckligt sammanhängande och å andra sidan den omständigheten att det uppstår icke oöverstigliga svårigheter för självbetjäningsgrossisterna på grund av dessa samarbetsavtal, och då kommissionen vid denna avvägning gav förstnämnda synpunkt företräde.

Det skulle vara annorlunda om självbetjäningsgrossisterna faktiskt skulle bli utkonkurrerade som distributörer i underhållningselektronikbranschen exempelvis genom en ökning av antalet selektiva distributionsnät som liknar SABA:s nät.

Av ovanstående överväganden framgår det emellertid att så inte var fallet vid den tidpunkt då det omtvistade beslutet fattades.

Därför grundar sig detta beslut uppenbarligen inte på en felaktig bedömning av de ekonomiska förhållanden under vilka konkurrensen i den relevanta branschen verkar.

51 Talan skall alltså ogillas.

Rättegångskostnader

52 I enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Enligt andra stycket i denna bestämmelse skall, om det finns flera tappande parter, domstolen besluta om fördelningen av rättegångskostnaderna.

Sökanden, som har tappat målet, skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, medan intervenienten SB-Verband skall bära de rättegångskostnader som har orsakats av dess intervention.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande:

1) Talan ogillas.

2) Intervenienten SB-Verband skall bära de rättegångskostnader som har orsakats av interventionen.

3) Sökanden skall bära resterande rättegångskostnader.

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 25 oktober 1977.

A. Van Houtte
Justitiesekreterare

H. Kutscher
Ordförande