FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PIETER VERLOREN VAN THEMAAT

fremsat den 19. juni 1985 *

Høje Domstol.

1. Indledning

1.1. *Spørgsmålene fra Bundesgerichtshof*

Under en sag vedrørende betaling af licensrestancer efter en franchise-aftale har en tysk franchise-tager over for den franske franchise-giver med held påberåbt sig, at aftalen er ugyldig efter Fællesskabets konkurrenceregler. I appelinstansen blev det nemlig lagt til grund, at EØF-traktatens artikel 85 forbød en franchise-aftale som den foreliggende, da den indebar begrænsninger i den frie konkurrence, som ikke er fritaget fra forbudet i artikel 85, stk. 1, i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, eller forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967 (EFT 1967, s. 9).

Appelrettens dom har sagsøgeren i hovedsagen med en revisionsanke indbragt for Bundesgerichtshof. Sidstnævnte fandt, at appelrettens dom rejste en række fællesskabsretlige spørgsmål og har med kendelse af 15. maj 1984 forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål.

Det fremgår af teorien, at distribution på grundlag af franchise-aftaler først vandt udbredelse i de forskellige medlemsstater efter 1970. Franchise-aftaler fik imidlertid herefter en kraftig vækst, og de indtager for tiden en vigtig plads ved siden af andre distributionsformer. Selv om Domstolen begrænser besvarelsen af de stillede spørgsmål til at angå franchise-aftaler, der svarer til de i sagen omhandlede, kan svarene have indirekte betydning for gyldigheden af titusinder af aftaler. Hvor afgørende Domstolens besvarelse af spørgsmålene er, fremhæves yderligere af den omstændighed, at Kommissionen endnu ikke, som det fremgår af dens skriftlige og mundtlige indlæg i sagen, har fastlagt nogen klar politik i så henseende.

Spørgsmålene fra Bundesgerichtshof er følgende:

1) Er EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, anvendelig på franchise-aftaler, som de mellem parterne indgåede, hvormed der iværksættes en særlig salgsform, efter hvilken franchise-giveren overlader franchise-tageren ikke alene varer, men også forretningsnavn, varemærke, vareudstyr og andre tjenesteydelser?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

   Er Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (herefter benævnt: gruppefritagelsesforordningen) anvendelig på sådanne aftaler?

* Oversat fra nederlandsk.

3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende:

a) Er gruppefritagelsesforordningen også anvendelig, når den ene kontraktspart udgøres af flere retligt uafhængige virksomheder, der indbyrdes er økonomisk forbundne, og som med henblik på aftalen danner en økonomisk enhed?

b) Omfatter gruppefritagelsesforordningen, navnlig dennes artikel 2, stk. 2, litra c), en forpligtelse for franchise-tageren til kun at reklamere efter samtykke fra franchise-giveren og kun i overensstemmelse med dennes reklame og under anvendelse af det reklamemateriale, franchise-giveren stiller til rådighed, og til at følge dennes forretningsmetoder i almindelighed? Er det i den forbindelse af betydning, om franchise-giverens reklamemateriale indeholder dennes vejledende videresalgspriser?

c) Omfatter gruppefritagelsesforordningen, navnlig dennes artikel 1, stk. 1, litra b), artikel 2, stk. 1, litra a), og stk. 2, litra b), en forpligtelse for franchise-tageren til udelukkende eller dog i det væsentlige kun at forhandle de af aftalen omfattede varer fra et bestemt, særligt hertil indrettet forretningslokale?

d) Omfatter gruppefritagelseforordningen, navnlig dennes artikel 1, stk. 1, litra b), en forpligtelse for franchise-tageren, der er bundet til at aftage den væsentligste del af sine varer udelukkende fra franchise-giveren, til, for den »frie« del af sin omsætnings vedkommende, kun at aftage varer, der er omfattet af aftalen, fra virksomheder, der er tilladte af franchise-giveren?

e) Tillader gruppefritagelsesforordningen en forpligtelse for franchise-giveren til at yde franchise-tageren forretningsmæssig, reklamemæssig og faglig bistand?

1.2. *De væsentligste bestemmelser i de omtvistede franchise-aftaler*

Det fremgår af de tre aftaler, som er indgået mellem hovedsagens parter, og som på Domstolens anmodning er blevet fremlagt efter den mundtlige forhandling, at franchise-giveren forpligter sig til:

— ikke at yde andre inden for det enkelte kontraktområde (henholdsvis Hamburg, Oldenburg og Hannover) ret til at benytte mærket Pronuptia de Paris (§ 1, stk. 1);

— ikke at åbne andre Pronuptia-forretninger inden for kontraktområdet (§ 1, stk. 2);

— ikke at levere varer eller tjenesteydelser til andre i området (§ 1, stk. 2);

— at yde franchise-tageren bistand i forretningsmæssig og reklamemæssig henseende, samt i henseende til forretningens indretning og varesortiment, personaleuddannelse, salgsteknik, mode og produkter, indkøb, marketing samt generelt at yde denne bistand til fremme af omsætning og lønsomhed (§ 3, stk. 1).

Franchise-tageren (som efter § 3, stk. 5, forbliver forretningens eneejer og bærer de dermed forbundne risici, men er berettiget til overskuddet) forpligter sig til:

— kun at sælge de omfattede varer under benyttelse af navnet og mærket Pronuptia de Paris og fra det forretningslokale, der er nævnt i § 1, og som

skal være indrettet hovedsagelig med salg af bryllupsartikler for øje og i overensstemmelse med Pronuptia de Paris' image (§ 3, stk. 3, og § 4, stk. 1);

— hos franchise-giveren at indkøbe 80% af kollektionen i brudekjoler og -udstyr samt en af franchise-giveren selv bestemt andel af omsætningen i cocktail- og selskabstøj (§ 3, stk. 6);

— udelukkende at indkøbe den øvrige kollektion i brudekjoler og -udstyr, coctail- og selskabstøj hos de af franchise-giveren godkendte virksomheder (§ 3, stk. 6);

— i kontraktens løbetid at betale franchisegiveren en licens på 10% af den samlede omsætning (herunder omsætningen i varer indkøbt hos andre) (§ 5, stk. 1);

— at afholde sig fra enhver konkurrence med Pronuptia-forretninger herunder ikke at iværksætte anden forhandling af brudekjoler og -udstyr i kontraktens løbetid og året efter dennes udløb i Forbundsrepublikken Tyskland, Vestberlin eller andre steder, hvor Pronuptia er repræsenteret (§ 6, stk. 6, og § 9);

— at drive virksomhed med hovedsagelig salg af de af kontrakten omfattede varer for øje (§ 6, stk. 6);

— at drive forretning fra et butikslokale, der er beliggende et nærmere angivet sted, at indrette dette hovedsagelig med salg af brudeartikler for øje og i overensstemmelse med Pronuptia de Paris' image og efter sidstnævntes anvisninger (§ 1, stk. 3, § 3, stk. 3, og § 4, stk. 1);

— at drive forretning, herunder især for så vidt angår forhandlingen af de af kontrakten omfattede varer, udelukkende under benyttelse af mærket og navnet Pronuptia de Paris (§ 3, stk. 3, og § 4, stk. 1);

— kun at benytte mærket Pronuptia de Paris i reklamer efter forudgående samtykke fra franchise-giveren, at tilrettelægge virksomhedens reklame i overensstemmelse med den af Pronuptia anvendte og under benyttelse af reklamemateriale, Pronuptia stiller til rådighed, med angivelse af vejledende priser (§ 1, stk. 1, og § 6, stk. 1);

— at reklamere og udbrede reklamemateriale på den mest samvittighedsfulde måde og i almindelighed at anvende franchise-giverens forretningsmetoder (§ 6, stk. 5);

— på samvittighedsfuld måde at respektere samtlige Pronuptias immaterielle rettigheder og uopholdeligt at underrette Pronuptia om enhver krænkelse, franchise-tageren bliver bekendt med (§ 14).

Efter § 6, stk. 1, anbefaler Pronuptia franchise-tageren hensigtsmæssige vejledende priser, og (med forbehold for franchisetagerens ret til selv at fastsætte videresalgspriserne) parterne er enige om at anse de vejledende priser som retningsgivende for detailsalget.

1.3. *Plan for forslaget til afgørelse*

Domstolens besvarelse af de forelagte spørgsmål kan, som nævnt, have en videre betydning for gyldigheden af andre franchise-aftaler samt for Kommissionens kommende politik på området. Jeg skal derfor først i det andet afsnit af forslaget fremkomme med almindelige bemærkninger om denne distributionsmåde, der er forholdsvis ny i fællesmarkedet. Det skal navnlig undersøges, i hvilket omfang der af lovgivning, retspraksis, teori og også af de berørte brancheorganisationers stillingtagen

kan udledes noget om det retlige indhold og rammer for franchise-aftaler vedrørende distribution med en sådan sikkerhed, at der kan gives Domstolens afgørelse en mere generel rækkevidde. Formuleringen af de spørgsmål, Bundesgerichtshof har forelagt, er efter min opfattelse ikke til hinder for en sådan afgørelse. Formuleringen er alene til hinder for, at Domstolen udtaler sig tillige om franchise-aftaler, der har bestået i længere tid i Fællesskabet (f.eks. inden for hotel-, restaurations- og beværtningsbranchen), og som vedrører tjenesteydelser eller fremstillingsvirksomhed.

I forslagets tredje del vil jeg undersøge, hvilke lighedspunkter og hvilke forskelle, der er mellem franchise-aftaler i almindelighed og aftaler som de i sagen omhandlede i særdeleshed, på den ene side, og andre distributionsmåder, som praksis i Fællesskabet, herunder navnlig retspraksis, har befattet sig med, såsom agentkontrakter, aftaler med eksklusive købs- eller salgsforpligtelser, selektive distributionssystemer og bryggerikontrakter samt licensaftaler. I den forbindelse undersøges det også, hvilke slutninger der for nærværende sag kan drages af Domstolens praksis.

I forslagets fjerde del vil jeg fremkomme med forslag til, hvorledes de forelagte spørgsmål efter min opfattelse kan besvares.

2. Om franchise-aftaler vedrørende distribution i almindelighed

2.1. *Udbredelsen af franchise-aftaler som ny distributionsmåde*

Det fremgår af den allerede forholdsvis omfattende litteratur, at franchise-metoden, der beror på de tidligere amerikanske erfaringer, først blev udbredt som ny distributionsmåde i EØF efter 1970. Herefter vandt den hurtigt udbredelse. Således fandtes der i Forbundsrepublikken Tyskland i 1969 kun et lille antal franchise-systemer inden for distribution. I 1978 var det samlede antal (herunder inden for området tjenesteydelser) allerede nået op på 85 (med 11 000 franchise-tagere) og i maj 1982 på 200 (med 120 000 franchise-tagere) med en samlet omsætning på 100 mia DM, heraf 65 til 75 mia inden for detailhandelen. I Frankrig (hvor udbredelsen også først fandt sted efter 1970) var antallet af franchise-systemer i 1981 nået op på mere end 300 og i 1985 på 500 (med 25 000 forretninger og 8% af den samlede omsætning i detailhandelen). I Nederlandene var antallet af franchiseordninger i 1983 280. Udviklingen har været tilsvarende i andre medlemsstater efter 1970.

2.2. *Retlig bedømmelse i teorien*

Af teorien fremgår det, hvilket Kommissionen bekræftede under den mundtlige forhandling, at der i ingen af medlemsstaterne findes særlige lovbestemmelser om franchise-aftaler. Endvidere kan der hverken af retspraksis, som ikke er ukendt hermed, eller af teorien udledes nogen præcis definition af franchise-aftaler i almindelighed eller af sådanne vedrørende distribution af varer i særdeleshed. Franchise-systemer vedrørende distribution synes imidlertid i samtlige de undersøgte medlemsstater at være karakteriseret af følgende: 1) en stærk integration i franchise-giverens distributionsnet af franchise-tageren, der imidlertid bevarer sin uafhængighed og bærer egne risici; 2) en afsætningsstrategi støttet på virkningen af en kæde, der følger af overladelsen mod vederlag af et navn, et bomærke eller et

symbol og ofte en identisk butiksindretning, og 3) franchise-tagerens eneret i et afgrænset område og for bestemte varer samt i større eller mindre omfang franchisegiverens eneret til levering eller valg af varer, der afsættes af franchise-tagere. Der synes i teorien at være enighed om, at det europæiske begreb »franchise-aftale« skal forstås langt snævrere end det oprindelige amerikanske begreb, der omfattede langt flere forhandlingsmetoder. Som jeg senere kommer tilbage til, giver nyere amerikansk teori imidlertid en begrænset definition af franchise-aftaler.

E. M. Kneppers-Heynert har på grundlag af en retssammenlignende undersøgelse i en artikel, der nyligt offentliggjordes i *»Bijblad Industriële Eigendom«* (1984, nr. 10, s. 251 ff), givet følgende sammenfattede definition, som forekommer mig forholdsvis rammende:[1]

»franchise er en form for forretningsmæssigt samarbejde mellem uafhængige virksomheder, der fastsættes i en kontrakt, og hvorefter den ene part, franchise-giveren, overlader en eller flere tredjemænd, franchisetageren (-tagerne), retten til at benytte sit navn og/eller sit varemærke og eventuelt andre tegn i forbindelse med salg af varer eller tjenesteydelser på grundlag af en marketingsidé (eller -system eller -formel), som franchisegiveren har udviklet, og mod et vederlag til franchise-giveren; franchisegiveren fører tilsyn med franchise-tagerens benyttelse af rettighederne for at sikre et ensartet indtryk udadtil og varernes ellers tjenesteydelsernes ensartede kvalitet«.

1 — Domstolens oversættelse.

»European code of ethics for franchising« (europæisk kodeks for franchise), der er udfærdiget af Den europæiske Sammenslutning for Franchise og dens 8 medlemsforeninger (hvoraf seks er hjemmehørende i EØF), og som blev fremlagt under den mundtlige forhandling, angiver bl.a. følgende seks punkter for en franchiseaftale:

»1) Retten til et firmanavn, et handelsnavn, et bomærke eller et symbol (eventuelt et varemærke) i forbindelse med produktion, afsætning eller tjenesteydelser, samt know-how stilles til rådighed for en eller flere franchisetagere. Franchisegiveren råder over en række varer og/eller ydelser, der markedsføres på en særlig og original måde, som franchisetageren er bundet til at gøre til sin og selv benytte. Markedsføringens grundlag er en forud afprøvet forretningsmetode, der løbende videreudvikles og afprøves i henseende til værdi og effektivitet.

2) Franchise-aftalen forudsætter en betaling, der kan være af en hvilken som helst art, fra franchise-tageren til franchise-giveren, som vederlag for dennes ydelser i henseende til navn, forretningsmåde, teknologi og know-how.

3) Franchise er således mere end en salgs- eller repræsentationsaftale eller en licenskontrakt, og de to parter påtager sig begge væsentlige gensidige forpligtelser, der går ud over rammerne for et sædvanligt forretningsforhold.

4) Franchise-giveren indestår for gyldigheden af sine rettigheder vedrørende mærke, bomærke, symbol eller slogan og tilsikrer franchise-tagerne den uhind-

rede benyttelse af de rettigheder, der overlades.

5) Franchise-giveren udvælger og udpeger som franchise-tagere alene virksomheder, der har de hertil nødvendige kvalifikationer. Enhver forskelsbehandling på grundlag af politisk opfattelse, race, sprog, religion eller køn er udelukket.

6) Franchise-aftalen skal navnlig indeholde bestemmelser om nedennævnte punkter, idet det naturligvis forudsættes, at de aftalte vilkår er i overensstemmelse med national ret eller fællesskabsretten:

— arten af og vilkårene for betaling af licens;

— kontraktens varighed og vilkårene for forlængelse, tidspunkt for opsigelse og opsigelsesfrist;

— franchise-giverens rettigheder i forbindelse med overdragelse af franchise-tagerens virksomhed;

— afgrænsning af den franchise-tageren ydede »åbne områdebeskyttelse«, herunder eventuelle optioner vedrørende tilgrænsende områder;

— regler om fordelingen af de af kontrakten berørte formueværdier i tilfælde af dennes ophør;

— vilkår for levering af varer, herunder om ansvar og transportomkostninger;

— betalingsvilkår;

— franchise-giverens ydelser: bistand i henseende til forretningens drift, salgsfremmende foranstaltninger, reklame, teknologi og know-how, vejledning i henseende til ledelse, administration og handel, finansiel og skattemæssig vejledning, vilkårene for bistanden og betalingen herfor, uddannelse;

— franchise-tagerens forpligtelser: forelæggelse af regnskab og andre oplysninger, pligtige uddannelsesforanstaltninger og indrømmelse af ret til kontrol.« [1]

Hvad angår uddannelse og bistand, indeholder den nævnte kodeks en lang række yderligere særlige regler, hvoraf dog alene de nedennævnte forekommer mig at have en vis betydning ved bedømmelsen af en franchise-aftale som omhandlet i kodeksen i forhold til EØF-traktatens artikel 85:

»— franchise-giveren skal yde franchise-tageren bistand og vejlede denne om de driftsomkostninger og fortjenstmargener, som franchise-tageren til enhver tid kan opnå i sin forretning;

— enhver konkurrenceklausul, der er anvendelig i tilfælde af kontraktens ophør, skal være nøje angivet i kontrakten, for så vidt angår varigheden og området.« [1]

2.3. *Retspraksis*

Det er kun i Frankrig, at de definitioner, brancheorganisationerne har udfærdiget, i et vist omfang er blevet lagt til grund i retspraksis: se Tribunal de grande instance de Bressuire, 19. juni 1973 (SVPNAS mod Billy); Tribunal correctionnel de Paris, 4. marts 1974 (Maje Distribution); Cour d'appel de Paris (femte afdeling) 28. april 1978 (Morvan mod Intercontinents); Cour d'appel de Paris, 10. maj 1978 (Télélfleurs mod Interflora, Cahier de droit de l'entreprise, juni 1978); Cour d'appel de Douai, 22. april 1982, Gazette du Palais 1982,

1 — Domstolens oversættelse.

doctrine, s. 565); Cour d'appel de Colmar, første civile afdeling), 9. juni 1982 (Felicitas mod Georges, Dalloz 1982, Recueil s. 553). Kendetegnende for denne retspraksis er, at enerettighederne ikke altid anses som det væsentlige (Cour d'appel de Colmar og Cour d'appel de Douai), hvorimod overladelsen af navn, mærke og symbol tillige med gennemførelsen af en ensartet salgsmetode bliver det. Den manglende definition i lovgivningen af en franchise-aftale medfører, at sådanne aftaler altid bedømmes udelukkende på grundlag af bestemmelserne i den konkret foreliggende aftale.

Af retspraksis vedrørende den kartelretlige bedømmelse af franchise-aftaler har jeg i hele Fællesskabet kun kunnet finde en af Bundesgerichtshof den 23. marts 1982 afsagt dom (Meierei-Zentrale, Wirtschaft und Wettbewerb 1982, s. 781). I dommen findes forbudet mod bindende videresalgspriser i § 15 i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger (Gesetz gegen Wettbewerbbeschränkungen) anvendelig på en franchise-aftale, der fastsatte detailpriserne. Endvidere har den britiske »Monopolies and Mergers Commission« i sin rapport »Full-Line Forcing & Tie-In-Sales« af 1981 givet udtryk for, at eksklusive købsforpligtelser under visse omstændigheder også var relevante i kartelretlig henseende.

I De forenede Stater blev begrebet franchise-aftale, som før nævnt, oprindelig brugt i en meget vid betydning. Efter den mere begrænsede forståelse af begrebet, der er opstået i nyere tid, (og som navnlig har været forbilledet for udviklingen i Europa), defineres franchise som indehaverens overladelse af et varemærke eller navn, hvorved salg af en vare eller en tjenesteydelse overlades til en tredjemand under nævnte varemærke eller navn (Blacks Law Dictionary, 5. udgave, 1979, og von Kalinowski, Antitrust Laws and Trade Regulation, bind 2, § 6H.01/tillæg 1981).

På samme måde som i Det forenede Kongerige betragtes de eksklusive købsforpligtelser, som franchise-aftaler indebærer, i De forenede Stater ikke uden videre som »tying-arrangements«, der er ulovlige efter kartellovgivningen. Under bestemte markedsvilkår kan dette dog være tilfældet. Siden Sylvania-dommen af 1977 anvendes »rule of reason« ved bedømmelsen af, om bestemmelser om vertikal områdebeskyttelse indebærer en indskrænkning (navnlig horisontalt), i konkurrencen. Bestemmelser vedrørende franchise-tagerens videresalgspriser anses som ulovlige per se, når der er tale ikke om blot anbefalede priser, men om, at franchise-giveren på den ene eller den anden måde søger at tvinge franchisetageren til iagttagelse af foreslåede eller anbefalede priser. I Sylvania-dommen blev områdebestemmelser og navnlig »location clauses«, som der også er tale om i nærværende sag, anset som undergivet »rule of reason« til trods for den konkurrencebegrænsning, der dermed var pålagt Sylvania's forhandlere. »Vertikale« konkurrencebegrænsninger som de, der forelå i Sylvania-sagen, har man således ment fremmede »*intra*brand«-konkurrencen til trods for indskrænkningerne for »*inter*brand«-konkurrencen. Vertikale konkurrencebegrænsninger som dem, der er tale om i nærværende sag, vil således kun i visse tilfælde og på grundlag af deres faktiske økonomiske virkninger blive ramt af per se-forbudet i amerikansk konkurrenceret. I den senere amerikanske retspraksis synes forekomsten af eller mangelen på en effektiv konkurrence med andre producenters varer at være afgørende i denne sammenhæng. Det skal imidlertid, hvad denne amerikanske retspraksis angår, her fremhæves, at det særlige fællesskabsretlige problem med adskilte nationale markeder, kendetegnet

ved ofte stærkt forskellige priser, dér er ukendt. Et sammenhængende hjemmemarked er i De forenede Stater for længst gennemført, således at problemet om hindringer for parallelimport ikke opstår.

2.4. *Afsluttende bemærkninger*

På grundlag af teorien og retspraksis inden for Fællesskabet, opfattelsen hos Den europæiske Sammenslutning for Franchise, som jeg har omtalt, de nyere amerikanske definitioner på franchise-aftaler, som den her omhandlede, er det min opfattelse, at de væsentligste kendetegn for en franchiseaftale vedrørende distribution, ud over de to parters uafhængighed, består i en licens til benyttelse af et firmanavn, et handelsnavn, bomærke eller andre symboler samt en know-how i vid forstand, ledsaget af en ensartet forhandling udadtil, for hvilken modydelsen er en betaling. Ved den kartelretlige bedømmelse er det navnlig de pågældende virksomheders position på markedet, og sondringen mellem det vertikale forhold mellem franchise-givere og franchise-tagere og det horisontale forhold mellem disse og deres konkurrenter, som er af betydning efter amerikansk retspraksis. Navnlig tilstedeværelsen af, eller mangelen på, interbrand-konkurrence synes (bortset fra særlige markedsforhold) at blive tillagt større vægt for opretholdelsen af en effektiv konkurrence end intrabrand-konkurrencen. Såvel i De forenede Stater som i Forbundsrepublikken Tyskland anses franchisegiverens vertikale fastsættelse af franchise-tagerens videresalgspriser som per se ramt af kartelrettens forbud mod prisaftaler. I øvrigt synes retspraksis i De forenede Stater som i tre af de store medlemsstater at bedømme den enkelte aftale efter dens konkrete indhold, og (for så vidt angår den kartelretlige bedømmelse) på grundlag af de konkrete markedsforhold. Sidstnævnte synes navnlig at være tilfældet for bedømmelsen af de forskellige enerettigheder, der hjemles i franchise-aftaler.

3. Ligheder og forskelligheder mellem franchise-aftaler og andre distributionsformer, der er behandlet i Domstolens praksis

3.1. *Enerepræsentationsaftaler*

Da egenskaben af selvstændig virksomhed og franchise-tagerens optræden i eget navn og for egen regning i teorien og retspraksis om franchise-aftaler anses som væsentlige kendetegn for disse, mener jeg i modsætning til Pronuptia ikke, at en sammenligning mellem denne nye form for aftaler og aftaler om handelsrepræsentation som omhandlet i Kommissionens meddelelse af 24. december 1962 (JO 1962, s. 2921) er relevant for besvarelsen af Bundesgerichtshofs spørgsmål. Af aftalernes § 3, stk. 5, der er nævnt tidligere, fremgår det også, at disse ikke på dette punkt adskiller sig fra almindelige franchise-aftaler.

3.2. *Eneforhandlingsaftaler*

De foreliggende aftaler har større lighed med eneforhandlingsaftaler. Franchisetageres eksklusive købsret, hjemlet i førnævnte § 1, stk. 1 og 2, og franchisetagerens (begrænsede) eneret til levering, hjemlet i § 3, stk. 6, frembyder umiddelbart stor lighed med de kendetegn, som efter dennes § 1, stk. 1, er bestemmende for

anvendelsen af forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler. Det er således forståeligt, at den forelæggende ret har stillet særlige spørgsmål vedrørende denne forordnings anvendelse.

Hvad angår den nationale rets første spørgsmål om den principielle anvendelse af artikel 85 på franchise-aftaler, er det navnlig spørgsmålets analogi med Domstolens formulering af problemet i sag 32/65 (Italien mod Kommissionen, dom af 13. juli 1966, Sml. 1965-1968, s. 293), der forekommer mig relevant. De præmisser, der er anført nederst s. 299 i dommen, vil særligt egne sig til en analogi — med forbehold af forskellene mellem franchise-aftaler og »klassiske« eneforhandlingsaftaler, som jeg nærmere skal komme ind på — ved besvarelsen af den nationale rets første spørgsmål.

De nævnte præmisser lyder således:

»man kan desuden ikke afvise en eventuel anvendelse af artikel 85 på en eneforhandlingsaftale med den begrundelse, at leverandør og eneforhandler ikke konkurrerer indbyrdes;

den konkurrence, der er omtalt i artikel 85, stk. 1, er nemlig ikke bare den, som består mellem aftaleparterne, men også den, som kan foregå mellem en af dem og tredjemænd;

dette gælder så meget desto mere, som parterne ved en sådan aftale kunne søge at opnå eller sikre sig en uberettiget fordel til skade for forbrugeren eller benytteren ved at hindre eller begrænse konkurrencen fra tredjemænd med hensyn til den pågældende vare;

en aftale mellem virksomheder på forskellige omsætningstrin kan altså, selv om den ikke medfører misbrug af en dominerende stilling, påvirke handelen mellem medlemsstater og samtidig have til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, således at den falder ind under forbudet i artikel 85, stk. 1;

artiklerne 85 og 86 har således hver sit formål og finder derfor uden videre anvendelse på forskellige aftalearter, så snart de særlige betingelser i den pågældende artikel er opfyldt.«

Den følgende præmis udelukker også en sammenligning med handelsrepræsentation og andre integrationsformer, hvormed én og samme virksomhed integrerer afsætningsleddet i virksomheden (og hvor der ikke foreligger aftaler mellem flere — uafhængige — virksomheder).

Betydningen af den præmis, der er nævnt først, forekommer mig at være, at den mutatis mutandis synes at gælde enhver vertikal bilateral aftale. I lighed med amerikansk retspraksis synes det afgørende for anvendeligheden af artikel 85, stk. 1, navnlig at være muligheden for horisontale begrænsninger i konkurrencen og ikke så meget de gensidige begrænsninger i friheden mellem parter, der er vertikalt forbundet på markedet.

Dette synes ikke ændret af den omstændighed, at Domstolen i Grundig-Constendommen (56 og 58/64, dom af 13. juli 1966, Sml. 1965-1968, s. 245) har udtalt (i forbindelse med et anbringende om, at aftalen fremmede konkurrencen mellem

tilsvarende produkter af forskellige mærker): »det er muligt, at konkurrencen mellem producenter i almindelighed ytrer sig på mere iøjnefaldende måde end konkurrencen mellem forhandlere af produkter af samme mærke, men det betyder ikke, at en aftale, der begrænser konkurrencen mellem disse forhandlere, ikke skulle rammes af forbudet i artikel 85, stk. 1, fordi den muligvis øger konkurrence mellem producenterne«. Domstolen har dernæst i samme dom fastslået, at det er ufornødent »ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, ... at tage hensyn til en aftales faktiske følger, såfremt det viser sig, at aftalen har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen«.

Ved nærmere granskning af Grundig-Consten-dommen i sin helhed forekommer det mig nemlig, at det, Domstolen rent konkret her havde for øje, var begrænsninger i konkurrencen mellem eneforhandleren og tredjemænd (her parallelimportører af produkter af samme mærke), dvs. horisontale konkurrencebegrænsninger. I den forbindelse henviser jeg navnlig til præmisserne s. 255 i dommen. Domstolen har således på dette punkt i højere grad end i nyere amerikansk retspraksis fundet, at også »interbrand competition« var af betydning, navnlig når der var tale om beskyttelse af nationale markeder mod parallelimport.

I den præjudicielle dom af 30. juni 1966 i sag 56/65 (Société technique minière mod Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-1968, s. 211) har Domstolen s. 217 præciseret: »derfor må der ved afgørelsen af, om en kontrakt, hvorved der 'indrømmes en ret til eneforhandling', på grund af sit formål eller sine virkninger må anses for forbudt, især tages hensyn til arten og mængden af de produkter, der er omhandlet i kontrakten, ligesom det må undersøges, hvilken stilling og betydning leverandøren og den forhandlingsberettigede indtager på markedet for disse produkter, om aftalen står alene eller er led i et net af aftaler, om de klausuler, der skal tjene til at beskytte eneforhandlingsretten, er særlig strenge eller om de tværtimod tillader reeksport og parallelimport af de pågældende produkter og derved holder andre afsætningskanaler åbne«.

3.3. *Bryggeriaftaler*

De eneforhandlingsaftaler, der har foreligget i Domstolens praksis, angår for størstedelen eneimportører, og efter det af Kommissionen under den mundtlige forhandling oplyste gælder dette i almindelighed også for de eneforhandlingsaftaler, der er blevet anmeldt til Kommissionen. Der har således ikke været tale om snesevise af bundne forhandlere, som det er tilfældet i nærværende sag. Domstolens praksis vedrørende de såkaldte bryggeriaftaler er imidlertid netop relevant i denne forbindelse. På grundlag af det i en af de citerede præmisser i dommen STM mod Maschinenbau ULM har Domstolen i dommen Haecht I (sag 23/67, Sml. 1965-1968, s. 421, især s. 423) udtalt vedrørende bryggeriaftaler (med pligt til udelukkende at aftage leveringer fra et enkelt bryggeri):

»ved bedømmelsen af, om en aftale rammes af artikel 85, stk. 1, kan aftalen således ikke isoleres fra denne sammenhæng, dvs. fra de faktiske eller retlige omstændigheder, der bevirker, at aftalen hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen;

i denne forbindelse kan fremkomsten af andre lignende aftaler tages i betragtning, for så vidt helheden af aftaler af denne art kan begrænse den frie handel«.

Sammenholdt med den efterfølgende præmis synes dette ved en analog anvendelse på franchise-aftaler at medføre, at artikel 85, stk. 1, er anvendelig, når en franchise-giver i en medlemsstat A indtager en sådan stilling på markedet i en medlemsstat B, at han på mærkbar måde kan vanskeliggøre adgangen til markedet i medlemsstat B for andre producenter og grossister ved hjælp af (egne filialer og) en række franchise-aftaler med uafhængige virksomheder.

Det fremgår af præmis 5 i Domstolens dom i sagen Bilger mod Jehle (sag 43/69, Sml. 1970, s. 23), at ved hensyntagen til andre lignende kontrakter skal der ikke alene tages hensyn til kontrakter indgået mellem et stort antal detailhandlere og samme producent (eller grossist), men også til lignende eneleveringskontrakter indgået med andre producenter i samme medlemsstat. For bryggeriaftalers vedkommende kan en sådann sammenlagt markedsopdeling faktisk følge af de samlede kontrakter mellem detailhandlere i en medlemsstat med producenter i samme medlemsstat. Så vidt jeg kan se, har Domstolen hidtil kun fået forelagt sådanne bryggeriaftaler, der er indgået mellem et bryggeri og aftagere i samme medlemsstat. For franchise-aftalers vedkommende kan en sådan markedsopdeling (eller enhver anden horisontal konkurrencebegrænsning) imidlertid følge af den sammenlagte virkning af franchise-aftaler for lignende varer, uafhængigt af hvor producenten eller grossisten er hjemmehørende.

Hvad angår bryggeriaftaler synes Domstolens dom af 1. februar 1977 i sag 47/76 (A. de Norre og M. de Clercq mod NV Brouwerij Concordia, Sml. 1977, s. 65) at være relevant for besvarelsen af det andet spørgsmål, Bundesgerichtshof stiller. I den nævnte dom fastslog Domstolen bl.a., at til trods for de forskelligheder, Domstolen anerkendte, med traditionelle eneforhandlingsaftaler, for hvilke forordning nr. 67/67 i sin tid blev udstedt, omfattede forordningen også bryggeriaftaler, dvs. »aftaler, hvori der kun deltager to virksomheder, hjemmehørende i én og samme medlemsstat, og hvorefter den ene over for den anden forpligter sig til med henblik på videresalg at købe bestemte varer udelukkende af denne, og som ikke opfylder betingelserne i artikel 3 i Kommissionens forordning nr. 67/67, ... for så vidt de uden fritagelse ville blive ramt af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1«. Af dommens præmis 13 fremgår det, at afgørelsen navnlig støttedes på, at »de pågældende aftaler [opfylder] betingelserne i artikel 1, stk. 1, litra b), i forordning nr. 67/67«, og (som anført i præmisserne 16-33) på Domstolens dom i sagen Roubaix Wattrelos (63/75, Sml. 1976, s. 111).

Hvad denne dom angår må det efter min opfattelse kunne lægges til grund, at det ved en eventuel analog anvendelse på nærværende sag ikke er afgørende, at dommen kun angår aftaler, hvori der kun deltager to virksomheder hjemmehørende i samme medlemsstat. Efter min opfattelse er der intet i dommens præmisser, der kunne støtte

den antagelse, at forordning nr. 67/67 efter Domstolens opfattelse ikke var anvendelig på en bryggeriaftale mellem en detailhandlende i medlemsstat A og et bryggeri beliggende i medlemsstat B.

Dommen siger imidlertid intet om spørgsmålet om, hvorvidt andre elementer i franchise-aftaler som de her omhandlede er til hinder for anvendelsen af forordning nr. 67/67. Som jeg skal redegøre for i det næste afsnit, er dette efter min opfattelse tilfældet.

3.4. *Selektive salgssystemer*

Pronuptia har i sagen tillige henvist til Metro-dommen (sag 26/76, Sml. 1977, s. 1875). I dommens præmis 20 fastslår Domstolen bl.a.:

»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 én 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«.

Efter min opfattelse er allerede det sidste afsnit til hinder for en analog anvendelse i nærværende sag, idet der i de omtvistede franchise-aftaler anvendes strengt kvantitative kriterier ud over kvalitetskriterierne.

En vis indirekte betydning for nærværende sag synes snarere det forudgående afsnit i den anførte præmis 20 at have, hvilket også gælder næstsidste afsnit i præmis 21, der lyder således:

»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«.

Andet afsnit i præmis 22 forekommer mig også relevant i nærværende sag. Afsnittet lyder:

»Kommissionen skal imidlertid drage omsorg for, at denne (pris)struktur ikke yderligere stivner (i forhold til det i præmissens første afsnit anførte), hvilket vil kunne ske, såfremt antallet af selektive distributionsnet til afsætning af den samme vare vokser« (tilføjelserne i parentes er mine).

Endelig angiver præmis 24 de bestemmelser, som Kommissionen ikke finder konkurrencebegrænsende.

I sag 31/80 (L'Oréal, Sml. 1980, s. 3775) fastslog Domstolen (i præmis 17):

»Når adgangen til et selektivt salgssystem er undergivet betingelser, der går videre end en simpel objektiv udvælgelse på kvalitativt grundlag, særligt når adgangen beror på kvantitative kriterier, er salgssystemet i princippet omfattet af forbudet i artikel 85, stk. 1, for så vidt aftalen, jfr. Domstolens dom af 30. juni 1966 (STM, sag 56/65, Sml. 1965-1968, s. 211), opfylder forskellige betingelser, der i mindre omfang vedrører dens retlige karakter end dens forhold til 'handelen mellem medlemsstater' og til 'konkurrencen'.«

De efterfølgende to præmisser i dommen præciserer de nævnte betingelser (præmis 18 angiver, at der navnlig må henses til den pågældende aftales indvirkning på mulighederne for at foretage parallelimport, og præmis 19 henviser bl.a. til de førnævnte præmisser i dommen Haecht I). Domstolen havde allerede i sagen Lancôme (99/79, Sml. 1980, s. 2511) givet udtryk for en lignende opfattelse som anført i præmis 17. De nævnte præmisser er ligeledes relevante for nærværende sag.

For så vidt angår den forbudte karakter af en »location clause« som omhandlet i de omtvistede kontrakters § 4, har Kommissionen henvist til præmis 51 i dom af 21. februar 1984 i sag 86/82 (Hasselblad, Sml. 1984, s. 883). I præmissen bekræftes forbudet mod kvantitative udvælgelseskriterier, hvorefter det tilføjes, at »detailhandleraftalens § 28 tillod sagsøgeren at begrænse mulighederne for selv en autoriseret detailhandler at etablere sig på et sted, hvor sagsøgeren skønnede hans tilstedeværelse egnet til at påvirke konkurrencen mellem detailhandlerne«. Præmis 52 bekræfter herefter, at forbudet bl.a. rammer denne bestemmelse.

3.5. *Licensaftaler*

Da licenser også indgår i franchise-aftaler, er Domstolens domme i Nungesser-sagen (258/78, Sml. 1982, s. 2015) og Coditel II-sagen (262/81, Sml. 1982, s. 3381) også relevante i nærværende sag. I præmis 58 i Nungesser-dommen fastslog Domstolen, »i betragtning af de omhandlede produkters særlige egenskaber«, at »i en sag som den foreliggende, er overdragelsen af en åben eksklusivlicens, dvs. en licens, der ikke vedrører tredjemands forhold, som f.eks. parallelimportører eller licenstagere for andre områder... ikke i sig selv uforenelig med traktatens artikel 85, stk. 1«. Derimod fastslog Domstolen i præmis 61 i samme dom, »at ifølge Domstolens faste praksis ... fører fuld områdebeskyttelse til gunst for en licenstager med henblik på at kontrollere og hindre parallelimport til kunstig opretholdelse af separate nationale markeder, hvilket er i strid med traktaten«. Det afgørende i sidstnævnte forhold bekræftes i dommens præmis 78.

I sagen Coditel II statuerede Domstolen: »den aftale, hvorved indehaveren af ophavsretten til et filmværk overdrager eneretten til for et bestemt tidsrum at fremføre filmen

på en medlemsstats område, er ikke som sådan omfattet af forbudet i traktatens artikel 85, men den nationale ret skal i givet fald efterprøve, om udøvelsen af den ved aftalen overdragne eneret finder sted i en økonomisk eller retlig sammenhæng, hvoraf det fremgår, at aftalen har til formål eller til følge at hindre eller begrænse filmdistributionen eller fordreje konkurrencen på filmmarkedet under hensyn til markedets særlige forhold«. Af dommens præmis 19 fremgår det imidlertid, at udøvelsen af eneretten til at fremføre en film bl.a. ikke må indebære betalinger, der »overstiger, hvad der må anses som et rimeligt afkast af de foretagne investeringer« eller en gyldighedsperiode for eneretten, der »er uforholdsmæssig lang under hensyn til de pågældende krav«. Denne anførte præmis er navnlig relevant i nærværende sag, da genstanden i hovedsagen er licensafgifterne.

4. De forelagte spørgsmåls besvarelse

4.1. *Indledende bemærkninger*

Samtlige de domme, jeg har nævnt, indeholder elementer, der er relevante for besvarelsen af spørgsmålene.

De franchise-aftaler, spørgsmålene angår, svarer, så vidt jeg kan se, efter deres art til de definitioner af franchise-aftaler, som kan findes i den anførte litteratur og retspraksis, idet aftalernes hovedindhold består i retten til benyttelsen af navnet, mærket og bomærket Pronuptia de Paris, ydelsen af know-how i vid forstand og forpligtelsen til at indrette forretningen på en bestemt måde svarende til franchise-giverens image og efter dennes anvisninger (§ 1, stk. 1; § 3, stk. 1 og 3; § 4, stk. 1 og 14). Aftalens hovedindhold fremgår også af den som vederlag herfor aftalte licens på 10% af franchise-tagerens samlede omsætning (§ 5, stk. 1). Efter aftalens § 3, stk. 5, bærer franchise-tageren imidlertid alene risikoen for virksomheden. I økonomisk henseende er det også det nævnte hovedindhold, der efter min opfattelse gør franchise-aftaler særligt tiltrækkende for franchise-givere som ny distributionsform. Set udefra giver en forretning, der er indrettet og drevet i overensstemmelse med aftalen, indtryk af at være en filialforretning. I modsætning til en filial skal franchise-giveren imidlertid ikke bære nogen investeringsomkostninger. Han er heller ikke nødsaget til at genemføre en markedsundersøgelse i etableringsområdet, da han ikke bærer nogen risiko i tilfælde af, at forretningen ikke går (navnlig i tilfælde af et ugunstigt forhold mellem omkostninger og fortjeneste for den pågældende forretning), hvorimod han er berettiget til en ikke ubetydelig licens, der er fastsat til 10% af den samlede omsætning.

Den hurtige udbredelse af distributionsformen vidner også om, at den er fordelagtig for franchise-tageren, formentlig fordi han bl.a. får en (normalt eksklusiv) adgang til kvalitetsvarer, hvis værdi på markedet allerede er fastslået. Markedsværdien vil navnlig være fastslået, såfremt — som dette er tilfældet i sagen og efter franchisetageren også i andre angivne franchisesystemer — franchise-giveren allerede har egne filialer på andre regionale eller lokale markeder i den pågældende medlemsstat, og

franchise-ordningen således for franchise-giveren udgør en udvidelse af et filial-net, som allerede er indkørt på markedet for de pågældende varer.

Endelig kan tilstedeværelsen af en franchise-ordning ved siden af andre distributionsformer vise sig fordelagtig for forbrugerne af tilsvarende grunde, men da på betingelser svarende til dem, der angives i præmis 20 i dommen Metro vedrørende selektive salgssystemer. I det omfang antagelsen som franchise-tagere er undergivet kvantitative begrænsninger (f.eks. ved antagelsen af en enkelt franchise-tager for et bestemt område som i nærværende tilfælde) finder jeg på grundlag af Domstolens førnævnte domme i sagerne L'Oréal, Lancôme og Hasselblad, at artikel 85, stk. 1, principielt må anses for anvendelig på de pågældende kontrakter, forudsat de almindelige betingelser fastsat i Domstolens førnævnte domme i sagerne 32/65, 56 og 68/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 og 258/78 er opfyldte.

Efter min opfattelse kan man af de nævnte domme udlede nedennævnte kriterier for bedømmelsen af franchise-aftaler, som de i sagen omhandlede:

a) Da anvendeligheden af artikel 85, stk. 1, som det fremgår af de nævnte dommme, beror på vertikale aftalers horisontale virkning (f.eks. udelukkelsen af visse konkurrenter, såsom parallelimportører), er det efter min opfattelse for anvendelsen af artikel 85, stk. 1, i sig selv uden betydning, hvorvidt aftalen indebærer en rimelig fordeling af rettigheder og pligter mellem franchise-givere og franchise-tagere. Det samme må efter min opfattelse principielt gælde de forskellige forpligtelser, der er pålagt franchise-tageren over for franchise-giveren, vedrørende specialisering (§ 3, stk. 3; § 4, stk. 1; og § 6, stk. 6), reklame (§ 1, stk. 1; og § 6, stk. 4 og 5) og den særlige indretning og drift af forretningen (§ 3, stk. 3; og § 4, stk. 1). Hvad sådanne vertikale forpligtelser angår kan artikel 85, stk. 1, så vidt jeg kan se, kun være anvendelig, når det i det konkrete tilfælde godtgøres, at disse har skadelige følger for tredjemænd (konkurrenter, leverandører eller aftagere), hvilket sjældent vil være tilfældet, når der findes et tilstrækkeligt antal afsætningskanaler i øvrigt for lignende varer.

b) Hvad dernæst nærmere angår de »horisontale« virkninger, eller nærmere bestemt aftalens virkninger for tredjemand, må vægten i overensstemmelse med Domstolens praksis især lægges på spørgsmålet om, hvorvidt parallelimport umuliggøres (f.eks. dommene Grundig-Consten, Bilger mod Jehle, og Nungesser), hvorvidt adgangen til markedet indskrænkes for andre leverandører eller handlende i betragtning af de pågældende leverandørers stilling på markedet for de omhandlede produkter (jfr. de anførte præmisser fra sag 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 og 31/80), hvorvidt franchise-aftalen medfører en forhøjelse af priserne (Metro-dommen og dommen Coditel II) eller eventuelt en vertikal prisbinding ved hjælp af aftaleretlige forpligtelser eller faktiske aftaler mellem franchise-giveren, dennes filialer og dennes franchise-tagere.

Hvad dette sidste kriterium angår finder jeg imidlertid, at i modsætning til den nævnte amerikanske og tyske retspraksis bør den generelle regel, som Domstolen har fastslået vedrørende vertikale prisbindinger og andre prisaftaler, kun finde anvendelse, såfremt der foreligger en økonomisk magtposition

på de pågældende lokale markeder eller en vertikal prisbinding, der også anvendes af konkurrenter. Den prisforhøjende virkning, der følger af aftalebestemmelserne om licensbetaling, og som utvivlsomt er ganske betydelig, kan i betragtning af præmisserne 21 og 22 i Metro-dommen i sig selv kun berettige til en anvendelse af artikel 85, stk. 1, såfremt en franchise-giver i en medlemsstat A har afgørende indflydelse på prisdannelsen på et betydeligt antal lokale markeder i medlemsstaten B eller dér på anden måde indtager en dominerende stilling.

På grundlag af de anførte kriterier finder jeg, at det er muligt at besvare det første spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, på en så klar måde, at denne sættes i stand til at afgøre den konkrete tvist. Der bør efter min opfattelse utvivlsomt gives dette spørgsmål en mere konkret besvarelse, end den, Kommissionen har foreslået.

Da forordning nr. 67/67/EØF af grunde, jeg kommer til, ikke efter min opfattelse er anvendelig på franchise-aftaler som de her omhandlede, er det efter min opfattelse ikke nødvendigt at give en besvarelse som sådan af den nationale rets tredje spørgsmål. Domstolen kunne eventuelt i dommens præmisser præcisere, at de forpligtelser, der omhandles i det tredje spørgsmål under b), d) og e), ikke kan betragtes som konkurrencebegrænsende, jfr. artikel 85, stk. 1, medmindre der foreligger særlige omstændigheder.

4.2. *Første spørgsmål*

For at besvare det første spørgsmål i lyset af de kriterier, der kan udledes af Domstolens praksis, og som jeg har sammenfattet ovenfor, finder jeg, at navnlig § 1, stk. 1 og 2, § 3, stk. 3, § 4, stk. 1, § 5, stk. 1, og § 6, stk. 1 og 6, i de kontrakter, der er fremlagt i sagen, er af betydning. Da franchise-aftaler ikke i teorien eller retspraksis har et velafgrænset indhold, må det tilkomme Domstolen på egnet måde at begrænse sit svar på det første spørgsmål fra Bundesgerichtshof til franchise-aftaler, der indholdsmæssigt svarer til de mellem parterne i sagen indgåede. Det er naturligvis afgørende for praksis, at Domstolen sammenfattende beskriver dette indhold i dommen.

Efter min opfattelse kunne det første spørgsmål besvares således:

»EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er anvendelig på franchise-aftaler som de mellem parterne i sagen indgåede, forudsat bl.a.,

a) at de er indgået mellem en franchise-giver i en medlemsstat eller en filial som omhandlet i tredje spørgsmål under a), der fuldt ud er førstnævnte underlagt, og en eller flere franchise-tagere hjemmehørende i en eller flere andre medlemsstater, og

b) at franchise-giveren gennem sine filialer eller sine franchise-tagere har en ikke ubetydelig markedsandel på markedet for de pågældende varer i en eller flere af disse medlemsstater eller på en væsentlig del af disses område, og

c) at franchise-aftalerne hindrer, begrænser eller har til formål at hindre eller begrænse parallelimport af de af aftalerne omfattede varer på aftaleområdet eller franchise-tagerens udførsel af disse varer til andre medlemsstater, eller

d) at franchise-aftalerne, især ved faktiske lokale eller regionale monopoler for aftalevarerne, ved bestemmelser om betaling af licens eller ved bestemmelser eller samordnet praksis med hensyn til prisfastsættelsen, samt ved en manglende konkurrence fra andre lignende varer, medfører fastsættelse af for høje detailpriser, dvs. priser, som det ved tilstedeværelsen af en effektiv konkurrence ikke ville være muligt at anvende til trods for aftalevarens eventuelle højere kvalitet.«

I den foreslåede besvarelse skal kriterierne c) og d) forstås som yderligere alternative kriterier. For så vidt angår kriteriet under c), er vægten i overensstemmelse med Domstolens faste praksis lagt på en undgåelse af den absolutte områdebeskyttelse for nationale markeder, hvilket kun kan medføre en horisontal konkurrencebegrænsning i tilfælde af ikke ubetydelige markedsandele. Hvad derimod angår kriteriet under d), er vægten lagt på undgåelsen af monopolistiske prisforhøjelser, hvilket som regel kun vil være muligt i tilfælde af betydelige markedsandele på de pågældende lokale eller regionale markeder og i tilfælde af mangel på andre former for distribution for lignende varer med en prissænkende virkning.

4.3. *Andet og tredje spørgsmål*

Jeg er med Kommissionen og den franske regering enig i, at en gruppefritagelse for franchise-aftaler er ønskelig, navnlig henset til at sådanne aftaler nu forekommer meget ofte, og at de generelt set må bedømmes positivt, idet de ubestridelige konkurrencebegrænsende formål eller virkninger kun er til hinder for en fritagelse efter EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, under bestemte markedsforhold (navnlig i tilfælde af manglende konkurrerende distributionsformer) og ved visse aftalebestemmelser.

Franchise-aftaler vil sandsynligvis i almindelighed, herunder også i forbrugernes interesse, bidrage til at forbedre distributionen af varer, da de muliggør en hurtig indtrængen af nye varer eller varer med særlige kvaliteter på detailmarkeder, der territorialt er stærkt decentraliseret. Det må i den forbindelse påhvile Kommissionen først at tilvejebringe det erfaringsmateriale, der er nødvendigt for en gruppefritagelse, gennem en række individuelle beslutninger i repræsentative tilfælde og dernæst i en forordning i overensstemmelse med de fire betingelser i artikel 85, stk. 3, at angive under hvilke betingelser, der må tillægges franchise-aftalers positive virkninger større vægt end de

konkurrencebegrænsende virkninger, der anses for uomgængelige for de positive virkninger.

Med Kommissionen og den franske regering er jeg også enig i, at forordning nr. 67/67 ikke kan anses for anvendelig på franchise-aftaler som de her omhandlede. Dette støtter jeg navnlig på følgende væsentlige betragtninger:

For det første er det på det rene, at der ved udstedelsen af forordning nr. 67/67 næppe fandtes franchise-aftaler vedrørende distribution inden for Fællesskabet, og at det således var udelukket ved forordningens udarbejdelse, at tage højde for de særlige problemer, disse aftaler giver anledning til. De problemer, der blev overvejet i forbindelse med forordningens udarbejdelse, og hvorom der forelå den tilstrækkelige og efter den fjerde betragtning til forordning nr. 19/65/EØF nødvendige erfaring, angik faktisk udelukkende eneimportører. Af et svar fra Kommissionen på et spørgsmål, jeg stillede under den mundtlige forhandling, fremgik det, at der ved udarbejdelsen af de nye gruppefritagelser for eksklusive købs- og leveringsaftaler hverken fra de interesserede organisationer eller regeringer blev fremsat forslag om disses anvendelse på franchise-aftaler.

For det andet finder jeg på grundlag af den undersøgte teori og retspraksis og efter franchise-organisationernes nævnte opfattelse, at indholdet af franchise-aftaler hovedsagelig er bestemt af bestræbelsen på i det muliges omfang at tilpasse indretning og drift af franchise-tagerens virksomhed, til franchise-giverens eller dennes filialers gennem licenser vedrørende navn, mærke, bomærke eller symboler, know-how i vid forstand m.m. Til gengæld skal franchise-tageren ikke alene bære samtlige driftsrisici, men han skal også som vederlag betale en — i nærværende sag betydelig — licens til franchise-giveren. De eksklusive købs- eller leveringsforpligtelser, hvis indhold konkurrenceretligt kun kan bedømmes i sammenhæng med franchise-tagernes stærke integration på detailleddet i franchise-giverens ensartede afsætningssystem, er i denne forbindelse af mindre betydning. I forordning nr. 67/67 er licensaftaler derimod af underordnet betydning.

For det tredje er franchise-aftaler, der svarer til de i sagen omhandlede, grundlæggende forskellige fra bryggeriaftaler, som forordning nr. 67/67 efter Domstolens praksis er anvendelig på, da de medfører et egentligt lokalt eller regionalt monopol for de pågældende varer. I den forbindelse skal jeg henvise til § 1 i de fremlagte kontrakter. I øvrigt gælder forskellighederne med eneforhandlingsaftaler, som jeg har nævnt ovenfor, også i relation til bryggeriaftalerne.

For det fjerde er anvendelsen af forordning nr. 67/67 efter min opfattelse udelukket på grund af bestemmelsen i artikel 3, litra b). Franchise-aftaler, der har et indhold som de heromhandlede aftaler, giver franchise-tageren en absolut områdebeskyttelse og vanskeliggør andre formidleres indkøb af de omfattede varer hos andre forhandlere inden for fællesmarkedet. I den forbindelse skal jeg ud over den allerede nævnte § 1, tillige henvise til § 3, stk. 3 og 6, og § 4, stk. 1, i de fremlagte kontrakter.

Af de anførte fire grunde foreslår jeg, at den nationale rets andet spørgsmål besvares således:

»Forordning nr. 67/67/EØF om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (gruppefritagelsesforordning) er ikke anvendelig på franchise-aftaler som de mellem parterne i sagen indgåede.«

Det er herefter ikke nødvendigt at besvare det tredje spørgsmål, den nationale ret har stillet. Den besvarelse, jeg har foreslået af det første spørgsmål, eventuelt sammenholdt med de af dommens præmisser, der omhandler visse kontraktbestemmelser, der ikke er konkurrencebegrænsende, vil imidlertid kunne sætte den nationale ret i stand til at afgøre, hvilke af de i det tredje spørgsmål omhandlede kontraktbestemmelser, der må anses for relevante for anvendelsen af artikel 85, stk. 1.