FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 27. oktober 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. I den foreliggende sag skal Domstolen tage stilling til to spørgsmål, som begge vedrører anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på selektive distributionssystemer, nemlig

— om et selektivt distributionssystem er uforeneligt med artikel 85, stk. 1, som følge af, at fabrikanten ikke formår at sikre systemets »tæthed«, og der ved begrebet manglende tæthed forstås, at fabrikanten ikke kan forhindre, at aftalevarerne på ét og samme marked ikke alene sælges af autoriserede forhandlere, men også af forhandlere, der ikke indgår i det officielle distributionssystem

— om en fabrikant som led i et selektivt distributionssystem kan begrænse sin garanti til kun at omfatte varer, der sælges gennem det officielle system og følgelig udelukke varer, som — ganske vist lovligt — sælges af erhvervsdrivende, der står uden for systemet.

2. *Indledningsvis* skal jeg understrege, at de to spørgsmål vedrører et selektivt distributionssystem for luksusvarer, nemlig Cartier-ure. Det kan imidlertid meget vel vise sig, at de af Domstolen fastlagte kriterier, navnlig for så vidt angår omfanget af fabrikantens garantiforpligtelse, vil få generel betydning, idet de også vil finde anvendelse på andre vigtige kategorier af varer, som ofte sælges via selektive distributionssystemer.

Faktiske omstændigheder

3. Begge spørgsmålene er af betydning for en tvist mellem et selskab i Metro-koncernen, som i forskellige europæiske lande driver selvbetjenings-engrosvirksomhed ud fra »cash and carry«-princippet, og Cartier, som på verdensplan er førende for visse kategorier af luksusvarer.

De faktiske omstændigheder i sagen er relativt enkle. Cartier sælger efter selskabets egne oplysninger sine varer i hele verden via et selektivt distributionssystem, hvis grundlag er en standardaftale, som indgås mellem Cartier's nationale datterselskaber (eller, hvis Cartier ikke har et sådant datterselskab, af grossisten/importøren) med de forskellige autoriserede forhandlere.

* Originalsprog: italiensk.

Selv om Metro ikke indgik i det officielle forhandlernet, lykkedes det virksomheden at skaffe sig Cartier-varer (navnlig ure) med en vis regelmæssighed og at sælge dem i sine egne forretninger.

4. Under sagen for den nationale retsinstans blev det ikke fastslået, hvorfra Metro havde fået varerne. Under den mundtlige forhandling oplyste Metro som svar på mit spørgsmål, at man havde købt Cartier-urene i Schweiz, af uafhængige mellemhandlere, som igen havde købt dem af autoriserede schweiziske Cartierforhandlere; efter schweizisk ret er en sådan praksis lovlig.

Under alle omstændigheder er det ubestridt (både for den nationale retsinstans og for Domstolen), at Metro's køb og markedsføring af Cartier-ure er *lovlig*. Endvidere fremgår det af de statistiske oplysninger, der er fremlagt for Domstolen, at Metro's salg af Cartier-produkter navnlig i Tyskland har antaget et ikke ubetydeligt omfang (på ét år ca. 10% af Cartier's samlede salgsvolumen).

Indtil 1984 leverede Cartier garantiydelser på de ure, Metro solgte. Siden, også som følge af en ændring i aftalerne med de autoriserede forhandlere, nægtede Cartier at yde garanti på ure, der var købt uden om det officielle distributionssystem. For disse ure foretog Cartier også de ønskede reparationer, men for kundens regning.

5. Cartier's nægtelse af at yde garanti på de ure, Metro solgte, gav anledning til en lang og kompliceret sag ved de nationale retsinstanser. Den er der i detaljer redegjort for i retsmøderapporten. Navnlig har Bundesgerichtshof (BGH), som for anden gang skulle tage stilling til appellen til prøvelse af underinstansens afgørelse, bemærket, at nægtelsen af at yde garanti ikke længere ville være lovlig, såfremt den var et led i et selektivt distributionssystem, der ikke er tæt, dvs. et system, hvor erhvervsdrivende, der står uden for systemet, som f.eks. Metro, har mulighed for lovligt at erhverve aftalevarerne. BGH hjemviste herefter sagen til Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG), for at denne retsinstans i fornødent omfang kunne fastslå de faktiske omstændigheder.

6. På baggrund af disse bemærkninger har OLG forelagt følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»Må et selektivt distributionssystem inden for EF for eksklusive produkter (ure i den højere prisklasse og luksusklassen), som udelukker anvendelsen af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 og 2, nægtes anerkendt allerede af den grund, at der i lande uden for Det Europæiske Fællesskab ikke eller ikke fuldt ud i kraft af aftaler herom er selektiv distribution, således at de varer, der i EF er omfattet af systemet, frit kan erhverves i ovennævnte lande af uafhængige forhandlere og af disse lovligt bringes i omsætning på det fælles marked?«

Sagens genstand

7. Afgrænsningen af sagens genstand er forbundet med nogen vanskelighed. Strengt taget har OLG kun anmodet Domstolen om at tage stilling til, om kriteriet om tæthed er relevant med henblik på anvendelsen af artikel 85, stk. 1. Det må imidlertid understreges, at OLG har forelagt det spørgsmål for at kunne tage stilling til den egentlige genstand i hovedsagen, dvs. til, om Cartier lovligt kan nægte at yde garanti for varer, der sælges uden om systemet. Det er således den forelæggende rets opfattelse, at den omstændighed, at Cartier-systemet eventuelt måtte være ulovligt på grund af manglende tæthed, også bevirker, at nægtelsen af at yde garanti bliver ulovlig.

Det er imidlertid klart, at spørgsmålet om garantien også kan behandles selvstændigt og ikke kun i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt det distributionssystem, den indgår i, er lovligt. Man kan rejse det spørgsmål, om nægtelsen af at yde garanti i sig selv og uanset om Cartier-systemet er lovligt, kan udgøre en overtrædelse af artikel 85, stk. 1. De to aspekter hænger nøje sammen, hvilket i øvrigt bekræftes af, at alle, der har indgivet indlæg (bortset fra den græske regering), har behandlet begge disse aspekter indgående.

Såfremt Domstolen kun tog stilling til problemet om tæthed, men ikke undersøgte, om nægtelsen af at yde garanti som sådan er forenelig med artikel 85, stk. 1, ville den nationale retsinstans ganske vist få et enkelt og hurtigt svar, men det ville i høj grad være mangelfuldt og af begrænset værdi med henblik på dens afgørelse af sagen. En sådan begrænsning ville i øvrigt heller ikke være rimelig, fordi sagen, både under den skriftlige forhandling og under retsmødet, har drejet sig netop om spørgsmålet om garantien, og der derfor for Domstolen er tilvejebragt alle de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan tage stilling til det problem. Også retsplejehensyn taler således for, at Domstolen *af egen drift* inddrager spørgsmålet om garantien i behandlingen af sagen.

På baggrund af sagsgenstanden i hovedsagen og for at kunne forsyne den nationale retsinstans med de fortolkningselementer vedrørende fællesskabsretten, der er nødvendige, for at den kan tage stilling til det retsspørgsmål, der er forelagt for den, er det derfor efter min opfattelse relevant at behandle det spørgsmål — som i øvrigt næsten alle har gjort det under retsforhandlingerne for Domstolen — om begrænsningen af garantien i sig selv kan udgøre en overtrædelse af artikel 85, stk. 1.

8. I sit indlæg har Metro ikke blot anført, at Cartier's selektive distributionssystem ikke er tæt, og at nægtelsen af at yde garanti er ulovlig, men også fremført en række andre indvendinger mod de aftaler om selektiv distribution, Cartier har indgået med forhandlerne. Ifølge Metro er Cartier-systemet en tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1, af følgende fire grunde:

— De autoriserede forhandlere kan ikke indkøbe varer hos autoriserede forhandlere, der er etableret uden for EF (forbud mod krydsleverancer fra tredjelande).

— I praksis opstilles der hindringer for krydsleverancer inden for EF.

— Kriterierne ved udvælgelsen af forhandlerne er urimelige og derfor for snævre.

— Systemet er ikke objektivt og fører således til en udvælgelse, som ikke er »rent kvalitativ«.

9. Skal Domstolen tage stilling til, om disse anbringender er begrundede? Det spørgsmål bør efter min opfattelse besvares benægtende. De her nævnte aspekter vedrører kun indirekte sagsgenstanden i hovedsagen, således som den er beskrevet ovenfor. Endvidere fremgår det ikke, at de nationale retsinstanser har behandlet dem under sagens forskellige stadier. Endelig har de heller ikke været genstand for en egentlig drøftelse under retsforhandlingerne for Domstolen: Under skriftvekslingen er det kun Metro, der har taget nærmere stilling til bemærkningerne, og i retsmødet blev de praktisk taget ikke berørt.

10. Efter min opfattelse er ovennævnte aspekter ikke relevante for sagen. Naturligvis berører dette ikke Metro's mulighed for at fremkomme med indsigelser mod Cartier's distributionssystem, såvel for den nationale retsinstans, der er kompetent til at tage stilling til, om de er begrundede i henhold til artikel 85, stk. 1 og 2, som for Kommissionen, hvor Metro kan indgive en begæring i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17/62.

Cartier-systemets »manglende tæthed«

11. Metro har anført, at Cartier-systemet ikke er tæt og det endda i vidt omfang. En lang række Cartier-varer sælges af uafhængige erhvervsdrivende, som således ikke indgår i det officielle distributionsnet. Dette medfører en konkurrenceforvridning mellem autoriserede og ikke-autoriserede forhandlere: De sælger begge de samme varer på de samme markeder, men de autoriserede forhandlere er bundet af forpligtelser (som følge af koncentrationen af deres sortiment og deres virksomhed med hensyn til aftalevarerne), som ikke påhviler de ikke-autoriserede forhandlere.

12. Heroverfor har Cartier anført, at distributionssystemet er tæt, såvel i teorien som i praksis. Afsætningen af varerne sker således i hele verden gennem et net af udvalgte forhandlere, som ved aftale er forpligtet til at videresælge varerne, enten til de endelige forbrugere, eller også til handlende, *som hører til distributionsnettet.* I sidstnævnte tilfælde gælder der i øvrigt for salget en særlig registreringsordning. Systemet er opbygget på en sådan måde, at det sikres, at afsætningen af varerne udelukkende foregår inden for rammerne af det officielle system, og ikke gennem uafhængige erhvervsdrivende. Faktisk er det eneste tilfælde på det europæiske marked, hvor man har konstateret et salg uden for distributionssystemet, Metro, som takket være de betydelige midler, selskabet har, skaffer sig beskedne forsyninger af Cartier-varer i tredjelande, som lidt efter lidt sammenbringes i koncernens forskellige forretninger. Det må imidlertid understreges, at

Cartier har givet afkald på at *bevise*, at systemet på verdensplan er tæt.

Som jeg allerede har nævnt, har Cartier desuden i den sag, hvor selskabet er sagsøgt, ikke gjort gældende, at det forhold, at Metro har erhvervet Cartier's varer og bragt dem i omsætning, er ulovligt og navnlig ikke, at der er tale om illoyal konkurrence.

13. Cartier, som på det punkt støttes af den franske og den græske regering og, ikke helt uforbeholdent, af Kommissionen, har dernæst bemærket, at i relation til fællesskabsretten er det ikke en væsentlig betingelse for, at et selektivt distributionssystem betragtes som lovligt, at det er tæt. Således må en vis grad af manglende tæthed, som udmønter sig i, at der på markedet i en eller flere medlemsstater sker et vist salg af aftalevarerne gennem uafhængige erhvervsdrivende, antages at være med til at skærpe konkurrencen, dvs. en omstændighed, som snarere taler for, at ordningen i sig selv er forenelig med artikel 85, stk. 1, end det modsatte.

14. I den forbindelse må det først fastslås, at i henhold til Domstolens faste og kendte praksis antages selektive distributionssystemer at være forenelige med artikel 85, stk. 1, såfremt udvælgelsen af forhandlerne sker på grundlag af hensyn, der har relation til det pågældende produkts karakter og sker på grundlag af objektive kvalitetskriterier for videreforhandlerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgslokalers beskaffenhed; disse betingelser skal desuden fastsættes ens for alle mulige videreforhandlere og anvendes uden forskelsbehandling (jf. i det hele dom af 11.12.1980, sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775).

15. Principielt er der al grund til at indføre et selektivt distributionssystem for varer, som f.eks. Cartier-ure, der falder ind under kategorien luksusvarer af høj kvalitet. Her er en kanalisering af udvalgte forretninger, der engagerer sig i salget af det pågældende mærke, en væsentlig betingelse for at fremme varens image og renommé.

16. Når det står fast, at det principielt er begrundet at anvende et selektivt distributionssystem for varer som f.eks. Cartier-ure, må det herefter undersøges, om systemets *manglende tæthed* kan påvirke dets lovlighed.

17. Det må i den forbindelse først understreges, at kriteriet om tæthed er et kriterium, der kendes fra national ret. Det er under sagen oplyst, at det i tysk ret har betydning i to henseender. Procesretligt indebærer det, at bevisbyrden vendes om, når en fabrikant, der har indført et selektivt distributionssystem, anlægger sag med påstand om, at det fastslås, at forhandlere, som står uden for systemet, og som har solgt hans varer, har handlet illoyalt. Såfremt distributionssystemet er tæt, er der i så fald en *formodning* for, at den forhandler, der står uden for systemet, har handlet illoyalt, enten derved, at han har forledt en autoriseret forhandler til at tilsidesætte aftalen, eller ved blot at udnytte

en sådan tilsidesættelse. Formodningen for, at en sådan adfærd er illoyal, kan således bevirke, at fabrikanten opnår, at den pågældende ophører med at videresælge varerne, og at han får erstatning for det lidte tab.

Ud fra et andet synspunkt, et materielretligt, har kriteriet om tæthed til formål at fastlægge *virkningen* af de bestemmelser i aftalen om selektiv distribution, som pålægger forhandleren visse forpligtelser, herunder navnlig forpligtelsen til ikke at sælge aftalevarer til en pris, der er lavere end den minimumspris, fabrikanten har fastsat, eller til ikke at sælge varerne til forhandlere uden for systemet. Såfremt systemet ikke er tæt, og en autoriseret forhandler udsættes for konkurrence fra uafhængige forhandlere, vil han kunne undlade at opfylde sine forpligtelser, idet han over for fabrikanten kan gøre gældende, at der er tale om *ulovlig håndhævelse af rettigheder*, hvilket bevirker, at de kontraktbestemmelser, fabrikanten påberåber sig, mister deres retsvirkning. På den måde mister et system, som ikke er tæt, i praksis alle bindende virkninger over for de autoriserede forhandlere.

I øvrigt forekommer det mig på baggrund af den mundtlige forhandling, at kriteriet om tæthed i tysk ret ikke umiddelbart har betydning for anvendelsen af de tyske bestemmelser om karteller.

18. Uanset hvilken betydning kriteriet om tæthed måtte have i national ret, er det spørgsmål, der skal tages stilling til, om forholdet på *fællesskabsplan* er det, at et selektivt distributionssystem må betragtes som uforeneligt med artikel 85, stk. 1, allerede af den grund, at det ikke er tæt.

19. Det er i den forbindelse anført, at hverken Kommissionen eller Domstolen på noget tidspunkt har medtaget tæthed blandt de betingelser, som skal være opfyldt, for at et selektivt distributionssystem må betragtes som lovligt. Det er imidlertid indlysende, at en sådan bemærkning ikke i sig selv er afgørende. Hvad der derimod er relevant, er det synspunkt, at håndhævelsen af et sådant kriterium i forbindelse med traktatens artikel 85 ikke forekommer begrundet ud fra noget faktisk hensyn til beskyttelse af konkurrencen.

20. På det punkt kan der efter min opfattelse med held tages udgangspunkt i en faktisk omstændighed. Som Cartier med rette har understreget, er det helt normalt, at distributionssystemer i et vist, større eller mindre, omfang ikke er tætte. Man kan blot tænke på, at sådanne systemer normalt indføres etapevis. I første omgang dækker de måske bestemte områder for først på et senere tidspunkt at blive udvidet til også at omfatte andre områder. Dette kan navnlig være tilfældet på det europæiske marked: Her kan det meget vel forekomme, at det kun lykkes for fabrikanten at skabe et selektivt distributionssystem i visse lande, hvor hans varer i forbrugernes øjne er mere kendte og velrenommerede, og hvor det derfor er lettere at finde forhandlere, der er rede til at påtage sig de forpligtelser og de byrder, der er forbundet med en aftale om selektiv distribution; i andre lande kan forholdet derimod være det, at distributionen i det mindste i en vis periode sker gennem uafhængige erhvervsdrivende. I så fald er det helt normalt, at hvis de økonomiske forudsætninger er til stede, vil uafhængige handlende i lande, hvor der er et selektivt

distributionssystem, skaffe sig parallelle forsyninger hos uafhængige handlende i de lande, hvor der ikke er et selektivt forhandlernet.

I øvrigt er det i almindelighed vanskeligere at undgå, at der sælges varer uden om systemet, såfremt der er tale om varer, der markedsføres af et stort antal videreforhandlere. Selv om det således ikke er udelukket, at man kan kontrollere og sikre, at et selektivt distributionssystem fungerer, når der er tale om luksusvarer, som normalt distribueres gennem et relativt begrænset system (eksemplet med Metro synes ganske vist at være bevis for det modsatte), er det utvivlsomt vanskeligere at undgå, at der opstår huller omkring distributionen af masseproducerede varer, som f.eks. elektronik til brug i hjemmet eller mindre husholdningsapparater, hvor markedsføringen i almindelighed sker gennem langt flere kanaler.

21. Hvis det var en betingelse, for at et selektivt distributionssystem er lovligt, at det på europæisk plan, måske endda på verdensplan, er tæt, ville der ud fra ovennævnte faktiske forhold være risiko for, at markedskræfternes frie spil blev hindret og ikke beskyttet.

For det første ville et krav om tæthed føre til en betydelig begrænsning af parternes autonomi. Fabrikanten og hans forhandlere ville stå over for et drastisk alternativ, som i mange tilfælde ville være helt ude af trit med de økonomiske realiteter: Enten måtte de indføre et tæt system overalt eller også give helt afkald på selektiv distribution. Dette ville i praksis føre til et element af stivhed i erhvervslivet, idet parterne ville være afskåret fra frit og ud fra deres egen vurdering at vælge det optimale distributionssystem. Da et integreret distributionssystem i visse brancher — som den foreliggende — netop synes at være et vigtigt middel til fremme af salget af de pågældende varer, kunne den omstændighed, at fabrikanten var afskåret fra at anvende et selektivt distributionssystem, blot fordi han ikke kan undgå, at en vis mængde varer sælges uden om systemet, med urette berøve ham et vigtigt *trumfkort* som led i konkurrencen mellem ensartede varer af forskellige mærker.

For det andet må man heller ikke se bort fra, at i brancher, hvor alle større fabrikanter ved markedsføringen anvender selektive distributionssystemer, kan muligheden for at sælge varer uden om systemet også have en gavnlig virkning; en sådan mulighed er en sikkerhedsventil, idet den — uden at der herved tages stilling til selve lovligheden af de selektive systemer — trods alt kan mildne en måske for høj grad af stivhed, navnlig på prisområdet, idet der holdes en niche åben for en begrænset parallel trafik, som udøves af erhvervsdrivende, der ikke hører ind under det officielle forhandlernet.

22. Med hensyn til den uligevægt, som et salg uden om systemet kan fremkalde med hensyn til konkurrenceforholdet mellem autoriserede forhandlere og uafhængige erhvervsdrivende, må løsningen på det problem efter min opfattelse endnu engang søges i de berørte parters autonomi, dvs. fabrikanten og de autoriserede forhandlere. De er nærmest til at afgøre, om salget uden om systemet er så stort, at der må sættes spørgsmålstegn ved, om det selektive distributionssystem er det rigtige. I så fald er det i

alles interesse at tage markedsføringsgrundlaget op til fornyet overvejelse og måske gå over fra en specialiseret distribution til en fri distribution. Her vil parterne naturligvis kunne være enige om at ophæve aftalen om selektiv distribution og, i tilfælde af interesekonflikter, kunne anvende de andre retsmidler, de har i henhold til national aftaleret.

Hvis man ikke følger det synspunkt, kan resultatet blive det værst tænkelige, idet man for at afhjælpe den uligevægt, salget uden om det selektive distributionssystem påfører systemet, i medfør af artikel 85, stk. 1 og 2, måtte erklære hele systemet ugyldigt, hvilket paradoksalt nok tilmed ville være i strid med ønsket hos dem, som salget uden om systemet er til skade for, nemlig fabrikanten og de autoriserede forhandlere.

For fuldstændighedens skyld må det i øvrigt også fremhæves, at en eventuel anvendelse af kriteriet om tæthed kunne vise sig at være meget usikkert i praksis. Hvor stort skal salget uden om systemet være, og over hvilket tidsrum, for at det selektive distributionssystem er blevet uforeneligt med artikel 85, stk. 1? Skulle disse størrelser være de samme for alle brancher eller skulle de være differentieret mellem de forskellige brancher? Og i sidstnævnte fald på grundlag af hvilke kriterier? Ville domstolene — herunder EF-Domstolen — kunne besvare de spørgsmål uden at risikere at træffe vilkårlige afgørelser? Efter min opfattelse bekræfter den usikkerhed, at eventuelle problemer som følge af, at der foregår et salg uden om systemet, må løses af parterne selv og ikke ved retlige afgørelser truffet i medfør af artikel 85, stk. 1 og 2.

23. På det punkt skal jeg derfor foreslå Domstolen at kende for ret, at i relation til et selektivt distributionssystem bevirker den blotte omstændighed, at aftalevarer lovligt bringes i omsætning på de samme markeder, ikke alene af autoriserede forhandlere, men også af handlende, som ikke hører til det selektive distributionssystem, ikke, at systemet bliver uforeneligt med traktatens artikel 85, stk. 1.

Begrænsningen af garantien

24. Metro har anført, at begrænsningen af garantien til kun at omfatte de varer, der sælges af de autoriserede forhandlere, i høj grad påvirker de uafhængige erhvervsdrivendes afsætning. En sådan begrænsning er ikke begrundet ud fra hensyn, der vedrører beskyttelsen af varernes kvalitet og prestige. Metro har understreget, at det er fabrikanten, der leverer garantiydelserne, mens forhandleren blot foretager rutinemæssige reparationer, som ikke kræver nogen særlig teknik eller udstyr.

25. Heroverfor har Cartier fremført andre argumenter. Selskabet har navnlig understreget, at kun de autoriserede forhandlere har de oplysninger, materialer og instrumenter, der er nødvendige, for at varerne kan fungere, som de skal, og kan leveres til kunden i perfekt stand. Dette er en direkte følge af de særlige kontraktlige forpligtelser, som den

enkelte forhandler i det autoriserede system påtager sig som led i aftalen om selektiv distribution. Endvidere er det kun de varer, som sælges gennem de autoriserede kanaler, der underkastes den nødvendige kontrol for at sikre, at de er ægte. Dette bevises af de tilfælde med »uægte« varer, som Metro har solgt. Ifølge Cartier må fabrikanten derfor lovligt kunne begrænse garantien til kun at omfatte de varer, der sælges ad de autoriserede kanaler.

26. Ved undersøgelsen af det spørgsmål må det først vurderes, hvilke virkninger begrænsningen af garantien har på konkurrenceforholdene. I almindelighed vil de handlende, som ikke kan levere varerne med den garanti, fabrikanten normalt yder, være væsentligt ringere stillet i konkurrencemæssig henseende; hvis forbrugeren kan vælge mellem en vare med garanti og en vare uden garanti, vil han være tilbøjelig til at vælge varen med garanti, også af den grund, at en manglende garanti hos forbrugeren kan fremkalde tvivl med hensyn til kvaliteten (og ikke mindst ægtheden) af den tilbudte vare.

Kommissionen har dog understreget, at med hensyn til (kvalitative) *selektive* distributionssystemer har en begrænsning af garantien andre virkninger, end når der er tale om *eksklusiv* distribution.

Når der er tale om eksklusiv distribution, betyder en nægtelse af at yde garanti på varer, der distribueres af parallelimportører, at den autoriserede forhandler på det område, han dækker, klart stilles bedre end parallelimportørerne, som ikke kan sikre, at der ydes garanti over for deres kunder, og derfor risikerer at blive »udelukket« fra markedet med den følge, at den eksklusivitet, som fabrikanten allerede har tillagt den autoriserede forhandler, vil ændre sig fra en relativ eksklusivitet til en praktisk taget absolut eksklusivitet.

For så vidt angår (kvalitativ) selektiv distribution har alle de videreforhandlere, som opfylder de fastsatte betingelser, i det mindste en teoretisk mulighed for at blive autoriseret og sælge varerne; heraf følger, at der inden for et bestemt område kan være et skiftende og endog meget højt antal autoriserede videreforhandlere, hvor ingen af dem har en ved aftale fastsat territorial eksklusivitet. Når der er tale om selektiv distribution, betyder en nægtelse af at yde garanti for varer, der sælges uden om systemet, ikke, at en allerede bestående territorial eksklusivitet styrkes, men blot, at de autoriserede forhandlere beskyttes mod konkurrencen fra ikkeautoriserede forhandlere.

Ud fra disse betragtninger kunne man måske formode, at en begrænsning af garantien ikke har konkurrencebegrænsende virkninger i forbindelse med (kvalitativ) selektiv distribution. En nægtelse af at yde garanti for varer, der sælges uden om systemet, ville ikke have andre følger end at stille de forhandlere ringere, dvs. ikke-autoriserede forhandlere, som principielt (dvs. hvis systemet havde fungeret optimalt) netop ikke kunne have solgt de pågældende varer.

27. Jeg vil ikke afvise, at synspunktet er nærliggende. En nærmere analyse viser imidlertid for mig at se, at det er forhastet og ikke holdbart.

28. Lad mig for god ordens skyld først nævne, at *kvalitativ* udvælgelse er en fin teoretisk konstruktion, men at det på ingen måde er givet, at den overholdes strengt i praksis. Uanset alle de forholdsregler, Kommissionen måtte træffe — hvilket i øvrigt slet ikke er sket med hensyn til Cartier-aftalen — kan det ske, at systemer, der i teorien er kvalitative, og som derfor er åbne for alle videreforhandlere, der opfylder de fastsatte betingelser, efter en nærmere undersøgelse af de faktiske forhold viser sig at være langt mere lukkede eller snævre, end det er oplyst. Dette ville navnlig kunne forekomme med hensyn til varer, som f.eks. luksusvarer, hvor distributionen under alle omstændigheder er koncentreret, og hvor det er vanskeligt at afgøre, om systemet ikke i virkeligheden er baseret på en *kvantitativ* udvælgelse.

Så længe både Kommissionen og Domstolen principielt er imod enhver form for kvantitativ udvælgelse, må det imidlertid antages, at salg gennem erhvervsdrivende, der står uden for systemet — og forudsat dette er lovligt — er en form for sikkerhedsventil, som bør beskyttes, også ud fra hensynet til garantien.

29. Men dette er ikke den afgørende betragtning. Det er således min opfattelse, at selv om distributionssystemet også reelt var kvalitativt, ville en begrænsning af garantien til kun at omfatte de varer, de autoriserede forhandlere sælger, også kunne begrænse konkurrencen som omhandlet i artikel 85, stk. 1.

30. Som allerede nævnt flere gange må udgangspunktet være, at salg uden om systemet, der gennemføres af uafhængige erhvervsdrivende, som f.eks. Metro, er lovligt. Hvis det ikke forholdt sig således — hvis der f.eks. var tale om plagiater — er det klart, at problemet med hensyn til garantien end ikke opstår, idet fabrikanten kan anvende andre midler, som er langt mere indgribende end nægtelse af at yde garanti, for at modsætte sig ulovligt salg af varerne. I almindelighed er det klart, at fabrikantens garanti kun omfatter originale varer og bestemt ikke plagiater.

Som jeg har understreget ovenfor, har Cartier i den konkrete sag ikke bestridt, at de varer, Metro har solgt, og for hvilke Cartier har nægtet at yde garanti, er blevet bragt i handelen på lovlig måde; der er således ikke tale om plagiater.

31. Hertil må føjes, at alle parter, herunder også Cartier, har lagt vægt på, at et vist salg uden om systemet i den virkelige verden er et helt *normalt* fænomen, som fuldt ud kan fungere sammen med de officielle distributionssystemer; parterne har endda også betonet, at når det sker, har det *gavnlige* virkninger for konkurrencen.

32. Men hvis det er rigtigt, er det vanskeligt at forstå, hvorfor en fabrikant skal have mulighed for at bruge en nægtelse af at yde garanti som et middel, nærmest som et våben, med henblik på at skade de erhvervsdrivende, som trods alt udøver en virksomhed, fabrikanten selv har anerkendt, ikke blot som lovlig, men endog som positiv for konkurrencen.

Forholdet er jo det, at i henhold til fællesskabsbestemmelserne om karteller anerkendes og beskyttes en fabrikants ret til at indføre selektive systemer og forpligte sine forhandlere til, at de (ud over til de endelige forbrugere) kun sælger aftalevarerne til andre autoriserede forhandlere. Når der, af hvilken grund det end måtte være (en territorialt begrænset udvidelse af det officielle system, andre landes lovgivninger, hvorefter det ikke ved aftale kan forbydes, at virksomheder, der står uden for systemet, sælger varerne eller manglende mulighed for at sikre systemets tæthed), imidlertid udvikler sig en *lovlig* trafik uden om systemet, er det vanskeligt at se, hvorfor en sådan form for virksomhed ikke skal beskyttes på samme måde som alle andre, også med hensyn til garantien.

33. Dette synspunkt underbygges efter min opfattelse også af *forbrugerbeskyttelseshensyn*, hvilket ikke bør lades ude af betragtning ved fortolkningen af traktatens artikel 85. Hvis man anerkender begrænsningen af garantien, har det til følge, at forbrugere, som lovligt har købt originale varer hos uafhængige erhvervsdrivende, alene af den grund ikke sikres fabrikantens normale garanti for fabrikationsfejl. Det er en absolut urimelig *forskelsbehandling*, i det mindste når det drejer sig om mangler, som fabrikanten og ikke den uafhængige handlende, der har solgt varen, må hæfte for.

34. Cartier har imidlertid anført, at begrænsningen af garantien skal søges i andre forhold. Ifølge Cartier øger salg uden om systemet den risiko, der er forbundet med enhver form for garantiforpligtelse fra en fabrikants side. Det er kun specialiserede handlende, der kan opbevare varerne optimalt, således at risikoen for, at de beskadiges, reduceres mest muligt. En forpligtelse til også at yde garanti for varer, der sælges uden om systemet, udsætter derimod fabrikanten for uoverskuelige risici og dermed også udgifter. Cartier har præciseret, at den specifikke rolle, de autoriserede forhandlere indtager med henblik på den optimale opbevaring af varerne, reelt består i, at de omhyggeligt og på det rigtige tidspunkt ombytter kvarts-batterierne, at de her anvender bestemte batterier, og under visse omstændigheder udskifter dele, der ikke er i orden.

35. Personligt er jeg af den opfattelse, at man måske overvurderer de autoriserede forhandleres rolle. Også handlende, der ikke er autoriserede, kan være seriøse og have de nødvendige kvalifikationer og instrumenter med henblik på at opbevare og reparere varerne bedst muligt; jeg mener bestemt ikke, at det forhold, at en handlende ikke er autoriseret, er ensbetydende med, at han ikke er specialiseret, og end mindre, at han er ukvalificeret.

Med hensyn til den konkrete sag skal jeg minde om, at OLG i dommen af 20. december 1988 [afsnit f) i præmisserne] fremhævede, at »det vedligeholdelses- og garantiarbejde, den autoriserede forhandler selv skal udføre, normalt blot består i mindre reparationer (...), mens reparationer i selve uret kun foretages af fabrikanten«, og at selv om den service, den autoriserede forhandler skal yde, utvivlsomt kræver et vist teknisk udstyr, er det tvivlsomt, om udstyret stiller»sådanne tekniske, håndværksmæssige og økonomiske krav, som ikke også kan

opfyldes af mange andre ur-forretninger eller specialiserede afdelinger i stormagasiner med det fornødne personale«.

36. På baggrund af disse bemærkninger må det betragtes som mere end tvivlsomt, om Metro's salg af Cartier-ure indebærer sådanne tekniske risici, at den garantiordning, fabrikanten har indført, ikke kan administreres.

37. Men helt bortset herfra er der et andet synspunkt, der efter min opfattelse er væsentligt. Selv om det antages, at de autoriserede forhandlere leverer ydelser på højt niveau, som ikke-autoriserede handlende ikke kan tilbyde, og at disse ydelser desuden er afgørende med henblik på at undgå *nærmere angivne*, tekniske problemer og skader, er der her tale om rent faktiske forhold, som det selvsagt tilkommer den nationale retsinstans at klarlægge.

I et sådant tilfælde kan fabrikanten utvivlsomt nægte at yde garanti for de mangler, der er en *følge* af, at en ikke-autoriseret handlende ikke eller ikke fagmæssigt korrekt har leveret de nævnte ydelser.

Der er imidlertid ikke noget, der taler for, at fabrikanten ikke skal yde garanti for mangler, som ikke har noget at gøre med de nævnte ydelser, og som med andre ord meget vel kunne have forekommet, selv om varen havde været solgt af en autoriseret forhandler.

38. En sådan løsning er for mig at se en rimelig afvejning af de involverede interesser. På den ene side fabrikantens interesse i ikke at hæfte for skader, som ikke ville være opstået, såfremt varerne var blevet solgt gennem det officielle kredsløb. På den anden side de uafhængige handlendes og deres kunders interesse i, at der ikke med hensyn til garantien er uberettiget *forskelsbehandling* af varer, der er solgt uden om systemet: En uberettiget forskelsbehandling, som bestemt ville foreligge, såfremt fabrikanten også kunne nægte at yde garanti for mangler, som på ingen måde kan tilregnes en ikke-autoriseret handlende.

I det konkrete tilfælde ville Cartier — såfremt disse synspunkter var begrundede — kunne nægte at yde garanti for en mangel som følge af en manglende eller ukorrekt ombytning af batterierne eller af en utæt urkasse, men ville ikke kunne nægte at yde garanti for en mangel, der f.eks. opstår som følge af en fabrikationsfejl.

Dette må så meget desto mere være tilfældet, fordi Cartier's garanti er en garanti for »fabrikationsfejl«. Fabrikantens forpligtelse over for køberen — således som den fremgår af den »særlige garantierklæring«, der ledsager de solgte ure — kan under ingen omstændigheder dække skade som følge af en uafhængig handlendes adfærd.

39. Efter min opfattelse må den forpligtelse, fabrikanten har påtaget sig i henhold til »garantierklæringen«, og hvorefter han yder garanti for fabrikationsfejl, også omfatte

forbrugere, som har købt varen hos ikke-autoriserede handlende, kun bortset fra mangler som følge af, at en ikke-autoriseret handlende ikke eller ikke fagmæssigt korrekt har udført arbejde, som normalt udføres af autoriserede forhandlere.

40. Denne løsning kan naturligvis ikke blot anvendes med hensyn til de her omtvistede varer, men om fornødent også for andre kategorier af varer, som er omfattet af et selektivt distributionssystem og dækket af fabrikantens garanti.

41. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at besvare spørgsmålene på følgende måde:

»1. I relation til et selektivt distributionssystem bevirker den blotte omstændighed, at aftalevarer lovligt bringes i omsætning på de samme markeder, ikke alene af autoriserede forhandlere, men også af handlende, som ikke hører til det selektive distributionssystem, ikke, at systemet bliver uforeneligt med traktatens artikel 85, stk. 1.

2. Traktatens artikel 85, stk. 1, er i forbindelse med et selektivt distributionssystem til hinder for, at en producent efter aftale med de autoriserede forhandlere nægter at yde fabrikationsgaranti for varer, der lovligt sælges af ikke-autoriserede forhandlere. Den nævnte garanti kan dog ikke påberåbes af køberen med hensyn til mangler eller beskadigelser af produktet, der skyldes, at den ikke-autoriserede forhandler ikke eller ikke fagmæssigt korrekt har leveret ydelser, der normalt udføres af autoriserede forhandlere.«