FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 8. juni 1995 *

1. For at kunne tage stilling til spørgsmålet om foreneligheden med Fællesskabets konkurrenceret af en agenturkontrakt, ifølge hvilken forhandlerne i et selektivt salgssystem for motorkøretøjer bindes til det leasingselskab, der hører til fabrikantens koncern, har Bundesgerichtshof forelagt Domstolen fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, samt af en række bestemmelser i forordning (EØF) nr. 123/85 [1].

Den nationale ret ønsker nærmere oplyst, a) om den forpligtelse, der i henhold til en agenturkontrakt påhviler forhandlerne til *udelukkende* at drive virksomhed inden for leasing for det selskab, der hører til fabrikantens koncern, udgør en aftale, der er forbudt efter traktatens artikel 85, stk. 1, b) om forpligtelsen i bekræftende fald kan anses for omfattet af gruppefritagelsen i medfør af forordning nr. 123/85, og c) om de nationale myndigheder i så fald alligevel kan forbyde en sådan aftale med hjemmel i de nationale konkurrencebestemmelser.

Faktiske omstændigheder

2. Med en markedsandel på 28,8% er Volkswagen AG (herefter »VAG«) den største motorkøretøjsfabrikant i Tyskland. Selskabet sælger på det tyske marked køretøjer af mærkerne VW og Audi ved hjælp af et net på 1 664 forhandlere (herefter »VAG-forhandlerne«). Forholdet mellem VAG og selskabets forhandlere er reguleret i en eneforhandlingsaftale, hvorved selskabet inden for et bestemt område overlader disse forhandlere at sælge nye biler af mærkerne VW og Audi samt at yde kundeservice. Det påhviler endvidere forhandlerne at tilbyde visse tjenesteydelser (forhandlingsaftalens § 1, nr. 1, § 2, nr. 3, og § 4, nr. 1), heriblandt — af interesse for nærværende sag — den leasingvirksomhed, der foretages af VAG Leasing GmbH (afsnit III, nr. 1, i bilag 2 til forhandlingsaftalen).

Sidstnævnte, der er et selskab i VAG-koncernen, og som blev stiftet i 1966, drev oprindelig leasing med VW-køretøjer og kun

* Originalsprog: italiensk.

1 — Kommissionens forordning (EØF) nr. 123/85 af 12.12.1984 om anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer (EFT 1985 L 15, s. 16).

i forhold til erhvervskunder. Fra 1977 blev denne virksomhed, som nu også omfattede køretøjer af mærket Audi, tillige udstrakt til private. VAG Leasing har lige siden selskabets oprettelse, således som det har oplyst under sagen, udøvet sin virksomhed i et samarbejde med de autoriserede forhandlere af forskellig art, navnlig ved hjælp af kontrakter om eneagentur. Dette har været den generelle ordning siden 1989: alle VAG-forhandlere, der driver virksomhed i Tyskland, har i dag ensartede agenturkontrakter med VAG Leasing.

3. I april 1989 sendte VAG og VAG Leasing nemlig alle de autoriserede forhandlere en skrivelse, som skulle tilbagesendes (i underskrevet stand) til accept, og som vedrørte »VAG-forhandlernes agenturvirksomhed for VAG Leasing GmbH's regning« [2]. Skrivelsen indeholder nærmere i afsnit I følgende eksklusivitetsklausul:

»Derved er det en væsentlig interesse for Volkswagen AG, som skal varetages og på enhver måde fremmes i henhold til § 2, nr. 6, i VW- og Audi-forhandlerkontrakterne, at alle VAG-forhandlerne yder en aktiv og eksklusiv hvervnings- og agenturvirksomhed inden for leasing på vegne af VAG Leasing GmbH.«

I samme afsnit I anføres det i øvrigt, at »indarbejdelsen af selskabet VAG Leasing GmbH i VAG's forhandlersystem nødvendigvis medfører, at der opstår direkte juridiske forbindelser mellem selskabet VAG Leasing GmbH og VAG-forhandlerne som selskabets mellemmænd«.

4. VAG-forhandlerne foretager således ud over den salgsvirksomhed, som de udøver i eget navn og for egen regning, leasing for VAG Leasing's regning. Det er således forhandlerne, der som mellemmænd forhandler og indgår leasingkontrakterne; de køber normalt (i eget navn og for egen regning) de pågældende køretøjer og overfører derefter ejendomsretten til VAG Leasing til den pris, som de selv har betalt. For hver leasingkontrakt, der indgås, modtager forhandlerne en provision, der svarer til den fortjeneste, som de ville have opnået, hvis der havde været tale om et normalt salg. Ved leasingkontraktens udløb køber de køretøjet tilbage.

2 — Det anføres således indledningsvis i denne skrivelse, at »eftersom en stadig vækst i selskabet VAG's økonomiske virksomhed gør det nødvendigt løbende at tilpasse afsætningsformerne til de skiftende forhold på automobilmarkedet og i ønsket om i dette øjemed at skabe et moderne og effektivt instrument med henblik på at opretholde og forbedre Volkswagen's og Audi's markedsposition, har selskabet Volkswagen AG oprettet et datterselskab, selskabet VAG Leasing GmbH«, hvis opgave netop er »i et tæt samarbejde med virksomhederne i VAG's salgsnet og på grundlag af de til enhver tid gældende kontrakter at udvikle VAG Leasing som en salgsform for motorkøretøjer, der passer særlig godt til de nye krav på det moderne bilmarked«.

Igennem VAG Leasing, som anvender sit eget datterselskab Seat Leasing GmbH, sker ca. 18% af VAG's salg på det tyske marked. Efter de af VAG givne oplysninger indgås ca. 80% af leasingkontrakterne vedrørende køretøjer af mærkerne VW og Audi af VAG-forhandlerne på vegne af VAG Leasing.

5. Det er væsentligt, at det gøres klart, at forhandlernes forpligtelse til ikke at drive egen leasingvirksomhed, til at fremsende leasingkontrakterne til VAG Leasing og til ikke at forhandle og indgå kontrakter for konkurrerende leasingselskaber dog ikke, således som det fremgår af forelæggelseskendelsen, er til hinder for, at der sælges biler til de uafhængige leasingselskaber, forudsat at disse selv har hvervet kunden, eller at denne selv har ønsket at benytte et bestemt selskab. Ifølge forhandlingsaftalens § 2, nr. 1, gælder der i alle tilfælde et absolut forbud mod at levere til de uafhængige selskaber, såfremt formålet med købet er at oprette lagre.

Ud over VAG Leasing driver omkring 400 leasingselskaber virksomhed på det tyske marked, heriblandt selskaber, der er knyttet til andre fabrikanter, og virksomheder, der er forbundet med automobilforhandlere eller store kreditinstitutter. Ifølge Bundeskartellamt (forbundsmyndigheden for konkurrencespørgsmål) udgør markedsandelen for de selskaber, der kontrolleres af motorkøretøjsfabrikanterne) 60%.

6. Idet Bundeskartellamt fandt, at den eksklusive binding af VAG-forhandlerne til VAG Leasing udgjorde en retsstridig begrænsning af forhandlernes og de uafhængige leasingselskabers erhvervsvirksomhed, forbød myndigheden ved beslutning af 25. juli 1990 VAG og VAG Leasing at pålægge forhandlerne en forpligtelse til udelukkende at afslutte leasingkontrakter for VAG Leasing. Myndigheden forbød endvidere VAG at forbyde sine forhandlere at sælge nye køretøjer til uafhængige leasingselskaber, såfremt disse forhandlere har optrådt som mellemmænd ved afslutningen af leasingkontrakterne.

Bundeskartellamt henviste til § 26, stk. 2, i GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, lov om forbud mod konkurrencebegrænsninger), hvorefter virksomheder, der indtager en dominerende stilling på markedet, ikke retsstridigt må udelukke en virksomhed fra forretningsforbindelser, som lignende virksomheder normalt har adgang til (første punktum). Dette forbud gælder også over for virksomheder, som små eller mellemstore virksomheder er afhængige af i deres egenskab af leverandører eller købere af en bestemt slags erhvervsmæssige varer eller tjenesteydelser, såfremt der ikke foreligger et tilstrækkeligt antal rimelige muligheder for at henvende sig til andre virksomheder (andet punktum).

7. VAG og VAG Leasing anlagde sag ved Kammergericht, der ophævede Bundeskartellamt's beslutning med den begrundelse, at betingelserne i GWB ikke var opfyldt. Retten fandt således for det første, at VAG og VAG Leasing ikke indtager en dominerende stilling på bilmarkedet og, for det andet, at VAG-forhandlerne ikke kan betragtes som små eller mellemstore virksomheder.

Bundeskartellamt har anket til Bundesgerichtshof i form af en »Rechtsbeschwerde«.

8. Bundesgerichtshof fandt i modsætning til Kammergericht, at VAG-forhandlerne er små eller mellemstore virksomheder i § 26, stk. 2, andet punktums forstand i GWB, da automobilforhandlerne, når henses til deres særlige afhængighed, ikke er tilstrækkeligt store til, at de har rimelige muligheder for at afbøde virkningerne af de (af VAG) pålagte begrænsninger for deres erhvervsvirksomhed.

Bundesgerichtshof fandt imidlertid, at den forpligtelse, der er pålagt forhandlerne af VAG og VAG Leasing, og som er forbudt i henhold til beslutningen fra Bundeskartellamt, ville være en ulovlig hindring, såfremt den var i strid med Fællesskabets konkurrenceregler. Derimod ville der ikke foreligge en ulovlig hindring, såfremt den omhandlede adfærd findes at være forenelig med disse regler, forudsat at den eventuelle (fastslåede) forenelighed har den virkning, at de nationale myndigheder er afskåret fra at forbyde en sådan adfærd på grundlag af national ret.

9. Idet Bundesgerichtshof fandt, at afgørelsen af den indankede sag afhang af fortolkningen af visse fællesskabsretlige konkurrenceregler, har den forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Den største indenlandske motorkøretøjsfabrikant forbyder de indenlandske autoriserede forhandlere i sit selektive salgssystem at formidle leasingkontrakter til leasingvirksomheder — med undtagelse af virksomhedens eget leasingselskab — eller at sælge nye motorkøretøjer til dem, når køretøjerne skal tjene til opfyldelse af leasingkontrakter, som blev formidlet af de autoriserede forhandlere. Må det antages, at et sådant forbud og de indenlandske autoriserede forhandleres overholdelse heraf påvirker handelen mellem medlemsstater i den i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, forudsatte betydning, eller kan en sådan påvirkning formodes at foreligge?

2) Omfattes den i spørgsmål 1) beskrevne adfærd af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, når den kan påvirke handelen mellem medlemsstater?

3) Såfremt spørgsmål 2) besvares bekræftende: Er den i spørgsmål 1) beskrevne adfærd undtaget fra EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i henhold til forordning (EØF) nr. 123/85?

4) Er de nævnte bestemmelser i fællesskabsretten til hinder for en afgørelse fra den nationale myndighed for konkurrencespørgsmål, der forbyder en adfærd som beskrevet i spørgsmål 1)?«

Det første spørgsmål

10. Den forelæggende ret spørger for det første — naturligvis under hensyn til, at formålet med betingelsen om, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes, netop er på konkurrenceområdet at afgrænse gyldighedsområdet for henholdsvis fællesskabsretten og national ret [3] — om den omtvistede eksklusivitetsklausul kan påvirke handelen mellem medlemsstater.

I så henseende skal det først bemærkes, at ifølge Domstolens faste praksis kræves det, for at den nævnte betingelse er opfyldt, at »aftalen ... på grundlag af en række objektive retlige eller faktiske omstændigheder [skal] gøre det muligt med en tilstrækkelig grad af sikkerhed at forudse, at den kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne på en måde, som kan skade opnåelsen af formålene med et fælles marked mellem medlemsstaterne« [4].

11. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, er det i sagen her ubestridt, at det selektive salgssystem for VAG, som er den største tyske motorkøretøjsfabrikant, omfatter hele Tyskland, og at alle VAG-forhandlerne, som er etableret på dette område, er omfattet af den omtvistede eksklusivitetsklausul. De kan

3 — Se vedrørende dette spørgsmål bl.a. dom af 31.5.1979, sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. s. 1869, præmis 17.

4 — Dom af 11.7.1985, sag 42/94, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22. Jf. imidlertid allerede dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société technique minière, Sml. 1965-1968, s. 211, især s. 216, org. ref.: Rec. s. 337, især s. 359.

følgelig ikke optræde som mellemmænd for leasingselskaber, der er etableret i andre medlemsstater, herunder selskaber, der tilhører de udenlandske VAG-forhandlere [5]. Det er ligeledes forbudt for forhandlerne selv at indgå leasingkontrakter for endelige brugere, der er etableret i andre medlemsstater. Hertil kommer, at VAG, som jeg allerede har nævnt, har en markedsandel på over 28% vedrørende salg af nye biler og — via VAG Leasing — på ca. 20% inden for leasing.

Det fremgår allerede klart af det anførte, at den omhandlede klausul faktisk kan påvirke handelen mellem medlemsstater, når henses til, som det adskillige gange er fastslået af Domstolen, at »en ... restriktiv konkurrencepraksis, som strækker sig over en medlemsstats hele område, ifølge selve sin natur bevirker en styrkelse af opdelingen i nationale markeder, hvorved den hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske sammenvoksen« [6].

12. Ganske vist kan leasingselskaber, der er etableret i andre medlemsstater, tage initiativet til at knytte forretningsforbindelser med VAG-forhandlere i Tyskland og dermed købe motorkøretøjer af dem, der skal bruges til at opfylde leasingkontrakter, som ikke er blevet forhandlet af og følgelig heller ikke indgået af disse forhandlere. Muligheden herfor kan imidlertid ikke under disse omstændigheder betragtes som en »undtagelsesbestemmelse«, der udelukker, at der foreligger hindringer for handelen mellem medlemsstater [7]. Den økonomiske integration, som tilstræbes med traktaten, og som Domstolen betragter som en af betingelserne for anvendelsen af artikel 85, vil nemlig stadig blive fordrejet, såfremt handelen kun kan finde sted i én retning.

13. Endelig kan man heller ikke lægge afgørende vægt på den omstændighed, som de sagsøgte i hovedsagen ganske vist har godtgjort, at VAG-forhandlerne indtil april 1989 ikke solgte motorkøretøjer til leasingselskaber, der havde forretningssted i andre medlemsstater. Det skal i så henseende blot bemærkes, at dette forhold, således som det er fastslået af Domstolen, ikke i sig selv er »tilstrækkeligt til at udelukke, at begrænsninger i forhandlernes dispositionsfrihed kan være til hinder for samhandelen inden for Fællesskabet, eftersom forholdene kan variere fra år til år på grund af ændringer i mar-

5 — VAG forbyder nemlig kun de indenlandske autoriserede forhandlere at forhandle og indgå leasingkontrakter for andre selskaber end VAG Leasing, hvorimod selskabet i de andre medlemsstater tillader, at forhandlere, der hører til dets salgsorganisation, opretter deres egne leasingselskaber og/eller samarbejder med uafhængige leasingselskaber. Som det er anført af den forelæggende ret, er de VAG-forhandlere, som har forretningssted i andre medlemsstater, ikke stødt på nogen hindringer for at foretage leasing på det tyske marked.

6 — Remia m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 22.

7 — Jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 28-33.

kedsvilkårene eller markedsstrukturen såvel på fællesmarkedet som helhed som på de forskellige nationale markeder« [8].

Den omtvistede eksklusivitetsklausul må herefter anses for at kunne påvirke handelen mellem medlemsstater.

Det andet spørgsmål

14. Med det andet spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om den omtvistede eksklusivitetsklausul omfattes af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1. Eftersom klausulen imidlertid er optaget i ensartede agenturkontrakter, må det først undersøges, under hvilke betingelser artikel 85 finder anvendelse på denne type kontrakter.

a) Spørgsmålet om anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på kontrakter om eneagentur

15. Agenturkontrakten har efter selve sin art — idet den indgås med en person, der i egenskab af selvstændig mellemmand »er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person ... agenturgiveren, eller til at formidle og afslutte sådanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning« [9] — givet anledning til tvivl med hensyn til dens betydning i relation til indholdet og virkningerne af traktatens artikel 85, stk. 1. Problemstillingen kan sammenfattes som følger: Er en agenturkontrakt i sig selv uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1, idet der, hvis spørgsmålet besvares bekræftende, ikke foreligger en aftale mellem særskilte virksomheder i den nævnte bestemmelses forstand, eller skal den under alle omstændigheder anses for en aftale i samme bestemmelses forstand og følgelig vurderes under hensyn til de eventuelle konkurrencebegrænsninger, som dens bestemmelser giver anledning til?

Dette spørgsmål er hidtil ikke blevet besvaret helt klart og i hvert fald ikke på en måde, der gør det let at fastlægge, efter hvilke kriterier kontrakter om eneagentur kan undtages fra forbuddet i artikel 85, stk. 1. Jeg finder det derfor hensigtsmæssigt, for så vidt som det har interesse i den foreliggende sammenhæng, at gengive, hvorledes problemet er blevet behandlet, idet jeg begynder med den relevante administrative praksis og retspraksis på området.

8 — Dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 59 og 60, se også dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 14.

9 — Dette er definitionen i artikel 1 i Rådets direktiv 86/53/EØF af 18.12.1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (EFT L 382, s. 17). Bestemmelserne i dette direktiv, som dog ikke finder anvendelse på tjenesteydelser, kan være til reel hjælp ved fastlæggelsen af de træk, der karakteriserer det omhandlede kontraktforhold.

16. Kommissionens syn på spørgsmålet, således som det er udtrykt i »meddelelse vedrørende aftaler med handelsrepræsentanter om enerepræsentation« [10], såvel som Domstolens praksis på området [11], synes at vise, at mellemmænd (eller agenter) kan henregnes til to forskellige grupper, nemlig enten selvstændige handlende, og i så fald er de fuldt og helt virksomheder i artikel 85's forstand, eller hjælpere, der indgår i agenturgiverens virksomhed, og de udgør i så fald en økonomisk enhed sammen med denne, som *principielt* falder uden for forbuddet i artikel 85.

Den omstændighed, at repræsentanten hører til agenturgiverens virksomhed, indebærer faktisk, efter hvad jeg kan forstå, at agenten »forsvinder« som selvstændig erhvervsdrivende [12], og dermed bortfalder en af betingelserne for at anvende artikel 85, nemlig at der foreligger en aftale mellem (forskellige) virksomheder i denne bestemmelses forstand, hvilket bl.a. medfører, at samtlige bestemmelser i kontrakten, herunder eksklusivitetsklausulen, under alle omstændigheder ikke er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1.

17. Det er dog ikke let at påvise de kriterier, på grundlag af hvilke agenten kan fastslås at være fuldt integreret i agenturgiverens virksomhed, dvs. at der foreligger én økonomisk enhed. Hvad man kan sige, i det mindste for en første betragtning, er, at man *ikke* betragter de mellemmænd som integrerede medhjælpere, der a) i det mindste delvis bærer den økonomiske risiko, der er forbundet med agenturaftalens gennemførelse [13], b) driver virksomhed for egen regning på det samme marked som det, agenturgiveren

10 — Meddelelse offentliggjort den 24.12.1962 (org. ref.: JO 139, s. 2921). Kommissionen anfører heri, at agenturkontrakter ikke er omfattet af artikel 85, stk. 1, netop fordi handelsrepræsentanten i så fald udelukkende udøver en hjælpefunktion. Det fremgår dog af en gennemgang af Kommissionens praksis på området, at der udvises en vis forsigtighed ved anvendelsen af dette kriterium. I de senere afgørelser lægges vægten således på de faktiske økonomiske forhold, der er grundlaget for enhver agenturkontrakt, frem for på kontraktforholdets juridiske form (jf. navnlig afgørelse af 23.11.1972, Pittsburgh Corning Europe — org. ref.: JO L 272, s. 35; af 19.12.1984, Aluminiumimport fra Østeuropa — EFT 1985 L 92, s. 1, og af 18.10.1991, Eirpage — EFT L 306, s. 22). Denne afvigende bedømmelse er bekræftet i den nye meddelelse, for indeværende stadig på forslagsstadiet, der skal afløse meddelelsen fra 1962 (se hertil Swanson og Brown: »Agency Agreements: the Commission's New Draft Notice«, i *European Competition Law Review*, 1991, s. 82 ff.).

11 — Jf. dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429, af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, og af 1.10.1987, sag 311/85, Vereniging Vlaamse Reisbureaus, Sml. s. 3801, præmis 20.

12 — Dette fremgår navnlig af den ovennævnte dom i sagen Suiker Unie m.fl., hvori Domstolen bemærkede, at »hvis en sådan mellemhandler udfører arbejde til fordel for sin kommittent, kan han principielt betragtes som et hjælpeorgan, der er integreret i kommittentens virksomhed, og som skal følge dennes instrukser, og som således ligesom en handelsmedhjælper udgør en økonomisk enhed med denne virksomhed« (præmis 539).

13 — Allerede i meddelelsen fra 1962 anførte Kommissionen, at handelsrepræsentanten kun har denne stilling, såfremt han ikke overtager de »finansielle risici, der er forbundet med afsætningen eller aftalens gennemførelse«. I den tidligere nævnte dom i Suiker Unie-sagen fastslog Domstolen, at mellemmænd ikke kan betragtes som hjælpere, der er integreret i agenturgiverens virksomhed, hvis de overtager eller beholder »funktioner, som økonomisk set svarer til en uafhængig forhandlers, fordi aftalerne indeholder bestemmelse om, at de nævnte mellemhandlere skal bære de økonomiske risici, der er forbundet med salg til eller indgåelse af kontrakter med tredjemænd« (præmis 541).

arbejder på [14], c) handler for flere (indbyrdes konkurrerende) virksomheders regning [15].

Det er indlysende, at kriteriet vedrørende den økonomiske risiko udgør kernen i en agenturkontrakt, for så vidt som dette kriterium viser, at mellemmanden blot er agenturgiverens forlængede arm, idet sidstnævnte har alle de rettigheder og forpligtelser, således som han selv har fastlagt dem, der følger af gennemførelsen af agenturkontrakten. Mere end som et bevis på, at agenten indgår i agenturgiverens virksomhed, medmindre man herved blot mener, at agenten ikke har nogen selvstændighed i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten [16], må kriteriet vedrørende den økonomiske risiko derfor betragtes som et nødvendigt element ved undersøgelsen af, om der foreligger en »typisk« agenturkontrakt.

Hvad dernæst angår de to andre nævnte betingelser, dvs. forbuddet mod at drive virksomhed i eget navn og forbuddet mod at handle for flere virksomheders regning, er det næppe nødvendigt at bemærke, at bestemmelser af denne art med sikkerhed ikke kan være afgørende for, at artikel 85 ikke finder anvendelse på agenturkontrakter [17]. Det giver nemlig sig selv, at den (formodede) omstændighed, at det netop er sådanne klausuler, der skaber eller i alt fald forstærker agentens integration i agenturgiverens virksomhed, fjerner grundlaget for den opfattelse, at de ikke er omfattet af forbuddet i henhold til artikel 85, stk. 1, på grund af denne integration [18].

14 — Jf. således den tidligere nævnte dom i Suiker Unie-sagen. I den sag afviste Domstolen nemlig, at de omhandlede mellemmænd kunne betragtes som hjælpeorganer, der var integreret i kommittentens virksomhed, da der var tale om handelshuse af anselig størrelse, som ud over deres virksomhed som handelsrepræsentanter også på det samme marked drev virksomhed for egen regning (jf. præmis 544). Hvis man imidlertid ser nøjere efter, kom Domstolen til dette resultat ved at lægge vægt på den omstændighed, at der var tale om et retsforhold, hvorefter mellemhandlerne har tilladelse til at »handle som uafhængige forhandlere i de tilfælde, hvor der ikke er risiko for konkurrence inden for fællesmarkedet, men derimod er de til gengæld formelig lænket af deres repræsentationskontrakter i de tilfælde, hvor en sådan konkurrence kunne befrygtes på handelsniveau« (præmis 545). Egentlig er det således ikke den angiveligt manglende økonomiske enhed, der har vist sig at være afgørende, men derimod en hensyntagen til de økonomiske forhold, der var baggrund for det omhandlede kontraktforhold.

15 — Dette fremgår af den tidligere nævnte dom i Vlaamse Reisbureaus-sagen, hvori Domstolen fastslog, at rejseagenter er uafhængige mellemmænd og følgelig omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, fordi et agentur »sælger ... rejser arrangeret af et meget stort antal rejsearrangører, mens rejsearrangøren på sin side sælger sine rejser til et stort antal agenter« (præmis 20). I betragtning af de særlige omstændigheder i denne sag, der vedrørte de nævnte agenturers forpligtelse, der fulgte af en statslig bestemmelse, til ikke at give afkald på en del af den provision, der tilkom dem, til fordel for kunderne, mener jeg imidlertid ikke, at den ikke synderligt vellykkede formulering af den omhandlede præmis kan anses for afgørende med hensyn til det spørgsmål, der foreligger i nærværende sag.

16 — I denne forstand er det i øvrigt klart, at en integration også foreligger, såfremt en mellemmand handler for flere kommittenter; i denne situation må det dog antages, at vedkommende mellemmand er integreret som hjælper i flere virksomheder, og at han, når alt kommer til alt, udgør en økonomisk enhed med flere forskellige virksomheder.

17 — Jeg mener heller ikke, at den ovennævnte retspraksis kan fortolkes på denne måde. Jeg henviser til de allerede fremsatte bemærkninger herom i note 14 og 15.

18 — Det er i denne forbindelse med rette blevet anført, at såfremt man vil begrunde den manglende anvendelighed af artikel 85 på en eksklusivitetsklausul med, at agenten er integreret i agenturgiverens virksomhed, så er dette mildt sagt tautologisk, eftersom en sådan integration netop gennemføres ved hjælp af eksklusivitetsbestemmelsen. Jf. navnlig Kovar: »Les contrats d'agence et l'article 85 du traité CEE«, i *La semaine juridique — Edition Entreprise*, 1989, s. 1 ff.

18. Det fremgår klart af det anførte, at læren om den økonomiske enhed er ganske utilstrækkelig som grundlag for en rigtig og sammenhængende bestemmelse af betingelserne for anvendelse af artikel 85 på agenturkontrakter. Jeg bemærker navnlig, at såfremt bedømmelsen af en agenturkontrakt foretages ved hjælp af kriteriet om økonomisk enhed, dvs. under henvisning til den angiveligt manglende aftale mellem forskellige virksomheder, indebærer dette, at samtlige bestemmelser i et sådant kontraktforhold er omfattet af en generel immunitet i forhold til bestemmelserne i artikel 85. Et sådant resultat, som der er enighed om at afvise, er uacceptabelt [19].

Bestræbelsen på at finde almengyldige kriterier, der kan give et generelt svar, som er anvendeligt på samtlige agenturkontrakter og på den enkelte kontrakt i sin helhed, er efter min mening dømt til at mislykkes. Det omfang, hvori agenten er integreret i agenturgiverens virksomhed — inden for de allerede angivne grænser (ingen økonomiske risici) — og de faktiske økonomiske forhold, der er baggrunden for enhver agenturkontrakt, er herefter alene kriterier til at fastslå en agenturkontrakts »typiske« karakter, når henses til Fællesskabets konkurrenceret, hvorved den eneste følge er, at der ved den efterfølgende undersøgelse af foreneligheden med artikel 85 efter omstændighederne vil blive taget hensyn til de særlige kendetegn for en sådan kontraktform.

19. Dersom mellemmanden under alle omstændigheder er en selvstændig erhvervsdrivende, må det i sidste instans lægges til grund, at en agenturkontrakt alligevel altid indgås mellem to forskellige virksomheder, hvorfor den principielt skal være i overensstemmelse med konkurrencereglerne. Følgelig er disse regler kun uanvendelige på de enkelte kontraktbestemmelser, såfremt bestemmelserne hverken har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Heller ikke de eksklusivitetsklausuler, som man ofte finder i en agenturkontrakt [20], kan derfor anses for forenelige med artikel 85, stk. 1, medmindre de er nødvendige for, at kontrakten kan få virkning i fuldt omfang [21]. Det er i øvrigt også på den måde, man skal forstå Domstolens bemærkning om, at en eksklusivitetsklausul til fordel for kommittenten ikke i sig selv er uforenelig med artikel 85, når den pågældende mellemmand ikke overtager nogen økonomisk risiko [22].

19 — Se om dette spørgsmål især Van Houtte: »Les contrats d'agence au regard de l'article 85 CEE: agir pour le compte d'autrui et intégration dans son entreprise«, i *CDE*, 1989, s. 345 ff.; endvidere Koch og Marenco: »L'article 85 du traité CEE et les contrats d'agence«, i *CDE*, 1987, s. 603 ff.

20 — Det er her ikke overflødigt at understrege, at direktiv 86/653, jf. ovenfor, (kun) indeholder en udtrykkelig henvisning til agentens eneret (artikel 7, stk. 2). Der er imidlertid ingen grund til at antage, at dette direktiv udelukker det normale modstykke til en sådan klausul, nemlig agenturgiverens eneret.

21 — Jeg mener heller ikke, at denne løsning modsiges af Kommissionens meddelelse fra 1962, nærmere bestemt afsnittet, hvor den anfører, at begrænsningen af udbuddet på markedet for mellemmænd som følge af den eneret, agenten og agenturgiveren tilsiger hinanden, er *»en følge af den særlige forpligtelse for handelsrepræsentanten og hans mandant til gensidigt at varetage hinandens interesser«* (min fremhævelse). Og dette gælder naturligvis, såfremt det anførte kun vedrører de typiske agenturkontrakter, i henhold til hvilke agenten navnlig ikke overtager nogen økonomisk risiko.

22 — Suiker Unie-dommen, nævnt a.st., præmis 540.

Heraf følger modsætningsvis, at artikel 85 ikke er uanvendelig på en sådan klausul, blot fordi den er indsat i en kontrakt, der betegnes som en agenturkontrakt: hertil kræves derimod, at den konkurrencebegrænsning, som den medfører, er nødvendig på grund af den økonomiske og juridiske karakter af den kontrakt, den indgår i.

20. Det følger af det anførte, for så vidt angår den foreliggende sag, at det først og fremmest skal undersøges, hvorvidt der foreligger en »typisk« agenturkontrakt. Hvad dette angår, er det næppe nødvendigt at minde om, at den omtvistede klausul pålægger VAG-forhandlerne *udelukkende* at drive agenturvirksomhed for det leasingselskab, der tilhører VAG-koncernen.

Jeg kan ikke være enig i VAG's opfattelse, hvorefter den omhandlede agenturkontrakt ikke er omfattet af artikel 85, stk. 1, eftersom den både er i overensstemmelse med kriterierne i Kommissionens meddelelse fra 1962 og med Domstolens praksis på området. På baggrund af gennemgangen ovenfor anser jeg det nemlig for ganske irrelevant at henvise til, som VAG gør, at de pågældende forhandlere udgør en økonomisk enhed sammen med VAG og VAG Leasing, idet de udøver deres agentvirksomhed for et enkelt bilmærke, oven i købet inden for en og samme organisation.

21. Jeg skal heroverfor bemærke, hvilket også er anført af Bundeskartellamt, at VAG-forhandlerne/agenterne selv, i det mindste delvis, bærer de økonomiske risici, der er forbundet med de forretninger, de gennemfører på vegne af VAG Leasing. Således følger det allerede af den omstændighed, at de efter udløbet af leasingkontrakterne skal tilbagekøbe de omhandlede køretøjer og sælge dem på de i agenturkontrakten fastlagte betingelser — rent bortset fra, at dette ikke er et typisk led i en agenturkontrakt — at disse forhandlere i sidste ende bærer den forretningsmæssige risiko ved denne virksomhed, der udføres for VAG Leasing's regning.

Hertil kommer, at det i nærværende sag, selv om salgsmarkedet og leasingmarkedet er forskellige markeder, er særlig vanskeligt at adskille salgsvirksomheden fra leasingvirksomheden, eftersom forhandlerne/agenterne i begge tilfælde anvender den organisation, de råder over i egenskab af VAG-forhandlere, og i begge tilfælde i sidste ende »sælger« nye motorkøretøjer. For selv når forhandleren optræder som mellemmand for VAG Leasing, sælger han alligevel nye køretøjer: først til sig selv i sin egenskab af agent (til kostprisen), og derefter overføres ejendomsretten til VAG Leasing, fra hvem han, ud over den pris han har betalt, modtager en

provision, der svarer til den fortjeneste, han ville have opnået, hvis der havde været tale om et normalt salg. Endvidere er det under disse omstændigheder en rimelig antagelse, at den frihed, som repræsentanterne har som forhandlere, vil kunne påvirke leasingvirksomheden til VAG Leasing's fordel.

22. Den økonomiske baggrund og de særlige omstændigheder i forbindelse med kontrakten, som VAG-forhandlerne har med VAG Leasing, navnlig den omstændighed, at de bærer en del af den forretningsmæssige risiko, der knytter sig til de forretninger, som de udfører for VAG Leasing's regning, udelukker, at der i den relevante retspraksis' forstand er tale om en »typisk« agenturkontrakt.

Det må følgelig yderligere undersøges, og man må herved se videre end til benævnelsen af den pågældende kontrakt, om de forhandlere, der hører til et selektivt salgssystem for motorkøretøjer, lovligt kan pålægges en eksklusivitetsklausul i forhold til fabrikanten eller et af dennes selskaber, ikke alene i forbindelse med salg af nye køretøjer og reservedele, men også med hensyn til den agenturvirksomhed, der udøves for leasingselskabernes regning.

b) Spørgsmålet om den omtvistede klausuls forenelighed med artikel 85, stk. 1: konkurrencebegrænsende formål og/eller virkninger

23. Det er under sagen blevet fremhævet, at den omhandlede klausul væsentligt begrænser forhandlernes erhvervsfrihed: Således må disse for det første ikke optræde som mellemmænd for andre leasingselskaber end VAG Leasing eller i hvert fald ikke samarbejde med dem; for det andet må de heller ikke drive leasingvirksomhed i eget navn og for egen regning. Den omhandlede klausul medfører dermed i kraft af sit formål en begrænsning af konkurrencen.

I henhold til en temmelig klar retspraksis skal der med henblik på at afgøre, hvorvidt en klausul har et konkurrencebegrænsende formål i artikel 85, stk. 1's forstand, foretages en undersøgelse af dens funktion inden for rammerne af de kontraktmæssige forbindelser, som den indgår i [23]. I denne forbindelse finder Domstolen normalt, at der ikke foreligger et konkurrencebegrænsende formål i forbindelse med klausuler, der i abstrakt forstand er nødvendige for, at en kontrakt, som i sig selv ikke begrænser konkurrencen, fuldt ud kan opfylde den økonomisk-juridiske funktion, der er særlig for den [24].

23 — Jf. f.eks. dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679.

24 — Jf. f.eks. den tidligere nævnte dom i Remia m.fl. mod Kommissionen; endvidere dom af 28.1.1986, sag 161/84, Pronuptia, Sml. s. 353, af 27.9.1988, sag 65/86, Bayer, Sml. s. 5249, samt den tidligere nævnte dom i Delimitis-sagen.

24. Hvad nu angår den foreliggende sag, er det først og fremmest et spørgsmål, om den omhandlede eksklusivitetsklausul, hvorved det pålægges forhandlerne, der hører til VAG's salgssystem, udelukkende at forhandle og indgå leasingkontrakter for det selskab, der tilhører denne motorkøretøjsfabrikant, er nødvendig for at virkeliggøre formålet med den kontrakt, hvori den indgår.

Det er ubestrideligt, at den omhandlede kontrakt, hvorefter forhandlerne ud over at sælge nye biler til kunderne kan tilbyde disse en række ydelser, der har sammenhæng hermed, såsom netop leasing, hermed tilsigter at inddrage disse stadig mere i fabrikantens afsætningsstrategi, såvel som at styrke VAG's stilling på markedet [25]. Det skal i øvrigt nævnes, for det første, at VAG Leasing siden 1967 har drevet leasingvirksomhed, først begrænset til erhvervskunder, og siden 1977 også omfattende private, og, for det andet, at VAG, således som det fastslås i kontrakten selv, ønsker at »udvikle VAG Leasing som en salgsform for motorkøretøjer, der passer særlig godt til de nye krav på det moderne automobilmarked«.

25. Under disse omstændigheder er det således klart, at det for VAG ikke er afgørende at få adgang til markedet og heller ikke at fremme leasing af selskabets egne produkter, hvilket det også kunne gøre ved hjælp af en passende reklamekampagne, men derimod at opnå, at VW- og Audi-køretøjer under alle omstændigheder, hvad enten der er tale om et salg eller om leasing, afsættes gennem selskabets salgsnet. Formålet med den omtvistede eksklusivitetsklausul er således i sidste ende at forhindre, at leasing, der betragtes som en alternativ afsætningsform til salg, foretages af selskaber, der ikke hører til salgsnettet.

Den omhandlede klausuls konkurrencebegrænsende formål er dermed klart, idet den har til formål — under anvendelse af det afsætningssystem, der består med henblik på salg — at begunstige det selskab i koncernen, der driver virksomhed med leasing, til skade for de konkurrerende (uafhængige) selskaber, som forhandlerne ikke må sælge nye køretøjer til, såfremt de er bestemt til opfyldelse af kontrakter, som disse selskaber har indgået.

26. Selv om det antoges, at denne klausul ikke har et konkurrencebegrænsende formål, er dens følger, således som de fremgår af de af den forelæggende ret beskrevne retlige og faktiske omstændigheder, i hvert fald uforenelige med den rette »virkemåde« for konkurrencen inden for fællesmarkedet.

25 — Dette er indholdet af rundskrivelsen fra april 1989, hvori det bl.a. anføres, at en stadig vækst i VAG's erhvervsmæssige virksomhed »gør det nødvendigt løbende at tilpasse afsætningsformerne under hensyn til udviklingen på bilmarkedet, og der må i dette øjemed skabes et moderne og effektivt middel med henblik på at fastholde og udbygge Volkswagen's og Audi's stilling på dette marked ...«

Således som det fremgår af sagens oplysninger, omfatter den omhandlede klausul, der indgår i ensartede agenturkontrakter, som supplerer forhandleraftalerne mellem de samme parter, samtlige VAG-forhandlere i Tyskland (1 664), som tegner sig for mere end 28% af markedet for salg af nye køretøjer [26]. Dermed forbydes det disse forhandlere at drive virksomhed som mellemmænd og i hvert fald at samarbejde med de uafhængige leasingselskaber, hvad enten disse er etableret i Tyskland eller i andre medlemsstater.

27. Hvad angår spørgsmålet, om det omhandlede system af aftaler *mærkbart* begrænser den frie vareudveksling, når henses til omfanget af den (aktuelle og potentielle) konkurrence på det pågældende marked, mener jeg, at situationen, således som den fremgår af oplysningerne i sagsakterne — og under forbehold af de eventuelle konstateringer, som skal foretages af den nationale domstol — er tilstrækkelig klar.

VAG gennemfører således 18% af sin afsætning gennem VAG Leasing; sidstnævnte har en andel på ca. 20% af markedet for automobilleasing, hvilket efter de foreliggende oplysninger er klart mere end de andre konkurrenters andel. Hertil kommer, at markedsandelen for de selskaber, der kontrolleres af fabrikanterne, udgør 60%, og at VAG Leasing for sit vedkommende står for ca. 80% af de leasingforretninger, der vedrører køretøjer af mærkerne VW og Audi. Det er dermed mere end klart, at konkurrencen er svag, og at adgangen til markedet for nye, uafhængige selskaber klart vanskeliggøres som følge af den omtvistede klausul.

28. Jeg finder herefter, at man på grundlag af oplysningerne i sagens akter og med forbehold af yderligere undersøgelser, som skal foretages af den nationale domstol, kan fastslå, at den omhandlede klausul bevirker en begrænsning af konkurrencen.

Det tredje spørgsmål

29. Med det tredje spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om den omtvistede adfærd ikke alligevel i medfør af forordning nr. 123/85 kan undtages fra traktatens artikel 85, stk. 1. Det skal således fastslås, om eksklusivitetsklausulen i agenturkontrakten mellem VAG-forhandlerne og VAG Leasing kan fritages med hjemmel i den nævnte forordning.

26 — Det vil i denne sammenhæng påhvile den nationale ret at vurdere, hvilke muligheder forhandlerne har for at opsige denne aftale, som intet indeholder herom, uden at dette påvirker deres stilling som forhandlere inden for VAG's salgsnet.

I denne forbindelse har begrundelsen for fritagelsen en særlig betydning, hvilket jeg har haft lejlighed til at gå nærmere ind på i mit forslag til afgørelse, som jeg har fremsat i dag i sag C-70/93. Da nærværende sag imidlertid på visse punkter er delvis forskellig, samt for at gøre det lettere for læseren, finder jeg det hensigtsmæssigt her at gentage hovedtrækkene i den omhandlede forordning, hvorefter jeg særligt vil undersøge den omtvistede klausul i lyset af begrundelsen for fritagelsen.

a) Forordning nr. 123/85

30. Forordning nr. 123/85 (som har givet anledning til så megen omtale) hjemler fritagelse for forbuddet i artikel 85, stk. 1, for aftaler, hvorved leverandøren pålægger sin (autoriserede) forhandler at fremme salget af aftalevarerne i et bestemt område og forpligter sig til inden for dette område udelukkende at levere motorkøretøjer samt reservedele hertil til forhandleren (artikel 1). Der hjemles endvidere fritagelse for en eventuel forpligtelse for leverandøren til ikke at sælge aftalevarer til endelige forbrugere inden for aftaleområdet og til ikke at yde disse service derpå (artikel 2).

Gruppefritagelsen finder også anvendelse på forhandlerens forpligtelse til ikke at fremstille eller sælge motorkøretøjer eller reservedele af konkurrerende mærker (artikel 3, nr. 2, 3 og 4), til ikke at drive virksomhed uden for aftaleområdet (artikel 3, nr. 8 og 9) og til ikke at sælge aftalevarer til forhandlere, der ikke indgår i salgsnettet (artikel 3, nr. 10), medmindre der er tale om mellemhandlere, dvs. erhvervsdrivende, der handler i de endelige forbrugeres navn og for disses regning, og som i dette øjemed får en skriftlig fuldmagt (artikel 3, nr. 11) [27]. Alle disse konkurrenceforbud har således til formål, at forhandlerne koncentrerer deres virksomhed om at sælge aftalevarerne og yde service på dem i et overskueligt aftaleområde, hvorved de opnår et bedre kendskab til markedet og til forbrugernes ønsker, hvilket må formodes at fremme konkurrencen såvel mellem produkter af samme mærke (intrabrand competition) som mellem produkter af forskellige mærker (interbrand competition) og samtidig give forbrugerne væsentlige fordele.

31. Under henvisning til det anførte kan det fastslås, at forordningen inden for sit område løser konflikten mellem fabrikantens inte-

27 — Det kan nemlig ikke fuldstændig forbydes forhandlerne at imødekomme efterspørgslen fra personer, der er etableret uden for aftaleområdet, og formålet hermed er naturligvis at undgå en opdeling af markederne. Efterspørgslen efter aftalevarerne skal nemlig »fortsat være fleksibel, og den skal ikke kunne begrænses regionalt; forhandlerne skal ikke blot have mulighed for at kunne tilfredsstille efterspørgslen efter aftalevarer i aftaleområdet, men også efterspørgslen fra personer og virksomheder i andre områder af fællesmarkedet« (jf. forordningens niende betragtning).

resse i at anvende en effektiv salgsstrategi og forhandlerens interesse i at bevare en vis handlefrihed. Den områdebeskyttelse, der tildeles forhandleren, modsvares således af den forpligtelse, der pålægges ham til ikke at fremstille eller sælge køretøjer af konkurrerende mærker og/eller reservedele hertil, hvortil kommer — inden for de allerede angivne grænser — forpligtelsen til ikke at sælge aftalevarer til forhandlere, der ikke indgår i salgsnettet.

Selv om en sådan ordning ganske vist som slutresultat sikrer beskyttelsen af salgsnettet, er dette dog med sikkerhed ikke dens formål. Således anføres det i den nævnte forordnings fjerde betragtning, at »bestemmelserne om eneforhandling og om selektivt salg kan i motorkøretøjsbranchen anses for at være rationaliserende og nødvendige, fordi motorkøretøjer er forbrugsgoder med en længere levetid, hvortil der regelmæssigt samt på uforudsigelige tidspunkter og ikke altid på samme sted behøves vedligeholdelse og specialreparationer; motorkøretøjsfabrikanterne arbejder sammen med de udpegede forhandlere og værksteder for at tilvejebringe en service, som er specielt tilpasset produktet; ud fra et kapacitets- og lønsomhedssynspunkt kan et sådant udformet samarbejde ikke udstrækkes til et ubegrænset antal forhandlere og værksteder«.

32. Det følger klart af den netop anførte begrundelse for eksklusiviteten og den kvantitative udvælgelse, at eventuelle konkurrenceforbud kun kan anses for nødvendige af hensyn til et rationelt og effektivt salg, i det omfang de under hensyn til produktets art navnlig er nødvendige med henblik på at forbedre kvaliteten af den ydede service [28]. Heraf følger, i det mindste for en første betragtning, at den omtvistede eksklusivitetsklausul ikke vil kunne nyde beskyttelse i henhold til forordning nr. 123/85.

Med henblik på at sikre en kundeservice og -bistand, der er udformet under hensyn til den særlige karakter, som produktet en bil har, har det nemlig meget lille betydning, hvilket leasingselskab forhandleren eventuelt samarbejder med, eftersom kundeservicen under alle omstændigheder varetages af de autoriserede forhandlere. De ydelser, der tilbydes af leasingselskaberne, har i øvrigt ingen særlig forbindelse med automobilteknikken: Det ville derfor savne grundlag at kræve af leasingselskabet, at det kun driver virksomhed med ét bilmærke, eller at det i hvert fald accepterer, at fabrikanterne kontrollerer leasingvirksomheden vedrørende deres egne køretøjer. I øvrigt kan jeg i denne forbindelse ikke undlade at gøre opmærksom på, at VAG selv ikke synes at anse en eksklusivitetsklausul som den i sagen omhandlede for nødvendig for at sikre et effektivt salg: I

28 — Se således også forordningens femte, syvende og ottende betragtning.

de andre medlemsstater pålægger selskabet, som jeg allerede har nævnt, ikke sine forhandlere en sådan klausul.

33. Endvidere indeholder forordning nr. 123/85 ingen bestemmelse, der udtrykkeligt omhandler og fritager en adfærd som den, der er omtvistet her. Der siges således intet vedrørende eventuelle konkurrenceforbud (der kan fritages), hvorved det pålægges forhandlerne udelukkende at forhandle og indgå leasingkontrakter for selskabet i fabrikantens koncern, eller hvorved det under alle omstændigheder forbydes dem at sælge nye køretøjer til uafhængige leasingselskaber, når det er dem, der har formidlet leasingkontrakterne til de pågældende selskaber [29].

Selv om det ikke er afgørende, er den omstændighed, at der ikke er nogen udtrykkelig bestemmelse vedrørende den omtvistede adfærd, utvivlsomt af betydning, da der er tale om en forordning, som indeholder meget detaljerede bestemmelser, og som er en undtagelse fra det generelle forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Jeg skal i denne forbindelse nævne, at Retten netop vedrørende forordning nr. 123/85 har fastslået, at »under hensyn til det almindelige princip, der fastslås i traktatens artikel 85, stk. 1, hvorefter konkurrencebegrænsende aftaler er forbudt, må undtagelsesbestemmelser i en forordning om gruppefritagelse ikke fortolkes udvidende og kan ikke fortolkes således, at forordningens virkninger udstrækkes ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte de interesser, som de har til formål at sikre« [30]. Jeg er helt enig i denne udtalelse, som jeg anser for ubestridelig.

34. VAG og VAG Leasing har imidlertid gjort gældende, også i betragtning af den stadigt stigende efterspørgsel efter køretøjer til leasing, at køb og leasing i forhold til fabrikanten ikke er forskellige i økonomisk henseende, heller ikke hvor leasingkontrakterne ikke indeholder nogen option på køb for leasingtageren. Det må tværtimod lægges til grund, at afsætningen af motorkøretøjer sker på to forskellige måder, som netop defineres efter den forskellige måde, hvorpå erhvervelsen sker for den endelige forbruger, dvs. køb og leasing. Om køretøjet ejes af brugeren, eller om denne kun har indgået en leasingkontrakt, er følgelig uden enhver betydning for så vidt angår anvendelsen af forordningen om fritagelse, da der er tale om en juridisk sondring, der i denne sammenhæng er rent formel.

Denne opfattelse skulle — stadig ifølge VAG og VAG Leasing — finde bekræftelse i arti-

29 — Det er i denne forbindelse ikke overflødigt at gøre opmærksom på, at Kommissionens meddelelse, der blev offentliggjort den 18.1.1985, vedrørende fortolkningen af forordning nr. 123/85 (EFT C 17, s. 4) heller ikke indeholder noget om leasing.

30 — Dom af 22.4.1993, sag T-9/92, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 493, præmis 37.

kel 13, nr. 12, i den nævnte forordning nr. 123/85, hvorefter at »'forhandle' og 'sælge' omfatter andre afsætningsformer som f.eks. leasing«. Ifølge de sagsøgte i hovedsagen følger det af denne definition, at de konkurrenceforbud, der vedrører salg, og som er fritaget, også gælder analogt for leasing.

35. Jeg skal hertil for det første bemærke, at denne definition a) nødvendigvis skal fortolkes under hensyn til, at forordning nr. 123/85 vedrører forholdet mellem fabrikanten og de autoriserede forhandlere, b) kun har et indhold, for så vidt som den sættes i forbindelse med en materiel bestemmelse, dvs. med et af de konkurrenceforbud, der er fritaget i henhold til forordningen.

Lad mig forklare det nærmere. Gruppefritagelsen omfatter kun leasing, for så vidt som der foreligger en forpligtelse, der — naturligvis — er tilladt efter forordningen, og som binder kontrahenterne, dvs. fabrikanten og forhandleren [31]. Det er således fabrikanten, som efter omstændighederne ikke kan tilbyde leasing (såfremt dette sidestilles med salg) af aftalevarer til endelige forbrugere (artikel 2), og det er forhandleren, som kan være afskåret fra at tilbyde leasing af nye motorkøretøjer, som konkurrerer med aftalevarerne, ligesom han kan være afskåret fra at sælge dem (artikel 3, nr. 3); i givet fald skal han også respektere grænserne for aftaleområdet, såfremt han selv driver virksomhed med leasing.

b) Bestemmelserne i forordningen, der hævdes at hjemle fritagelse

36. Jeg skal herefter undersøge de forskellige bestemmelser i forordningen, der er påberåbt til støtte for, at fritagelsen omfatter den omtvistede eksklusivitetsklausul, dvs. de bestemmelser, der hævdes at finde analog anvendelse på den omtvistede adfærd, og jeg skal med det samme bemærke, at jeg anser bestemmelserne i artikel 3, nr. 8 og 9 [32], der også er blevet anført under sagen, for irrelevante. Disse bestemmelser vedrører nemlig, således som jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse i sag C-70/93 [33], udelukkende forhandlerens virksomhed uden for

31 — Se tilsvarende meddelelse af 22.6.1983 vedrørende forordning (EØF) nr. 1983/83 og (EØF) nr. 1984/83 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af henholdsvis eneforhandlingsaftaler og eksklusive købsaftaler, som er offentliggjort den 13.4.1984, og i hvilken Kommissionen anfører, at »overdragelse mod vederlag af retten til at anvende en vare ... i økonomisk henseende [er] nærmere beslægtet med videresalg af varer end med præstation af tjenesteydelser«, og derefter fastslår, at »eksklusivaftaler, som forpligter aftageren til at udleje de leverede varer eller på grundlag af en leasingaftale stille dem til rådighed for andre, også er omfattet af forordningerne« (EFT C 101, s. 2, punkt 12). Følgelig kan forhandleren af leverandøren blive pålagt en forpligtelse, som forordningen fritager, til selv at indgå leasingkontrakter på de samme betingelser som salg, dvs. således at der tages hensyn til aftaleområdet, men ikke en forpligtelse til at afslå at sælge til leasingselskaber eller i det mindste at samarbejde med dem.

32 — Artikel 3, nr. 8, omhandler som bekendt forhandlerens forpligtelse til »ikke at have filialer eller udleveringslagre til varetagelse af salget af aftalevarer og tilsvarende varer«. Dernæst omhandler nr. 9 hans forpligtelse til »ikke at overlade til tredjemand at sælge eller yde service på aftalevarer og tilsvarende varer uden for aftaleområdet«.

33 — Jf. punkt 23 og 24 i dette forslag, som er fremsat i dag.

aftaleområdet, idet de pålægger ham begrænsninger, der tilskynder ham til at forstærke sin indsats vedrørende salg og kundeservice i et overskueligt aftaleområde, således at den tilbudte kundeservice forbedres. Derimod anser jeg det for relevant med henblik på den foreliggende sag at foretage en nærmere undersøgelse af bestemmelserne i artikel 3, nr. 3, og artikel 3, nr. 10, litra a).

— Artikel 3, nr. 3

37. I henhold til artikel 3, nr. 3, kan det pålægges forhandleren »ikke at sælge nye motorkøretøjer, som konkurrerer med aftalevarerne«; en lignende bestemmelse findes vedrørende reservedele, som konkurrerer med aftalevarerne (artikel 3, nr. 4). Det ses ved et nærmere eftersyn, at disse er de eneste eksklusivitetsklausuler, der er pålagt forhandleren, som forordning nr. 123/85 hjemler fritagelse for.

VAG og VAG Leasing har imidlertid gjort gældende, at når artikel 3, nr. 3, læses i lyset af definitionen i artikel 13, nr. 12, kan den fortolkes således, at den omfatter en bestemmelse i kontrakten, hvorved det forbydes forhandlerne selv eller til fordel for tredjemænd at indgå leasingkontrakter vedrørende køretøjer, der leveres af fabrikanten. Fritagelsen vedrørende konkurrenceforbuddet i henhold til artikel 3, nr. 3, skulle således også finde anvendelse på forbuddet mod at indgå leasingkontrakter i eget navn og for egen regning eller på vegne af andre selskaber end det, der hører til fabrikantens koncern. Med andre ord skulle det være lovligt, at forhandlerne er undergivet en eksklusivitetsklausul i forhold til fabrikanten ikke alene for så vidt angår salg af nye køretøjer og af reservedele, men også vedrørende »salg« af de tjenesteydelser, der knytter sig til automobilmarkedet.

38. Det er dog helt klart, at den omtvistede klausul gør det muligt for fabrikanten at knytte forhandleren endnu tættere til sin salgsstrategi og samtidig hermed begunstige sit leasingselskab og dermed i sidste ende sine egne økonomiske interesser. Derimod er det ikke så klart, hvordan definitionen i artikel 13, nr. 12, kan støtte den fortolkning, som de sagsøgte går ind for.

For selv om artikel 3, nr. 3, ses i lyset af den omhandlede definition, ligger der blot det i bestemmelsen, at forhandleren ikke må tilbyde leasing (for så vidt som dette sidestilles med salg) af produkter af konkurrerende mærker. I den foreliggende sag er det imidlertid uomtvistet, at leasingvirksomheden udelukkende vedrører motorkøretøjer af

mærkerne VW og Audi: Forhandleren tilbyder således ikke konkurrerende produkter, men samarbejder (efter omstændighederne) med leasingselskaber, der er konkurrenter til fabrikantens selskab. Dette er ikke tilstrækkeligt til, at det skal anses for muligt at fritage forhandlernes forpligtelse til kun at drive leasingvirksomhed på vegne af det selskab, der hører til fabrikantens koncern. Det er i så henseende tilstrækkeligt at henvise til, for det første, at en sådan fortolkning er i klar modstrid med forordningens begrundelse, som jeg har nævnt ovenfor [34], og for det andet, at leasing med sikkerhed ikke er omfattet af begrebet aftalevarer som defineret i artikel 13, nr. 4, i samme forordning [35].

terne har koncentreret sig om i deres indlæg og med modsatte konklusioner.

VAG og VAG Leasing har således anført, at såfremt artikel 3, nr. 10, ses i sammenhæng med artikel 13, nr. 12, som jeg har omtalt flere gange, bliver resultatet, at det ubetingede forbud mod at levere til de uafhængige leasingselskaber også er omfattet af fritagelsen. Som begrundelse herfor anføres det netop, at leasingselskaberne i henhold til de nævnte bestemmelser, for så vidt som de erhverver køretøjerne med henblik på at »videresælge« dem ved leasing, må betegnes som videreforhandlere, uden at de i øvrigt hører til salgsnettet. VAG og VAG Leasing, som således mener, at fritagelsen omfatter et ubetinget forbud mod at levere til de uafhængige leasingselskaber, har herefter gjort gældende, at man så meget mere må anse det for lovligt, at det pålægges forhandlerne ikke at forhandle, indgå og i hvert fald ikke formidle leasingkontrakter på vegne af disse selskaber.

— Artikel 3, nr. 10, litra a)

39. I henhold til artikel 3, nr. 10, litra a), kan det pålægges forhandleren kun at levere en videreforhandler »aftalevarer og tilsvarende varer, når videreforhandleren er en virksomhed i salgsnettet«. Og det er netop denne bestemmelse — der utvivlsomt er afgørende for, at et selektivt salgssystem for motorkøretøjer overhovedet kan overleve — som par-

40. Denne fortolkning hviler selvsagt på den forudsætning, at leasingselskaberne sidestilles med videreforhandlere, der ikke hører til salgsnettet. Ved definitionen i artikel 13, nr. 12, bliver en videreforhandler, der ikke hører til salgsnettet, og et uafhængigt leasingselskab imidlertid på ingen måde sidestillet, idet definitionen kun sidestiller salg med leasing, hvilket, som jeg allerede har anført, betyder, at de fritagne bestemmelser vedrø-

34 — Se punkt 31 og 32.

35 — Denne bestemmelse definerer nemlig aftalevarer som udelukkende »de tre- eller flerhjulede motorkøretøjer til brug på offentlig vej samt de reservedele hertil, der er genstand for en aftale efter artikel 1«.

rende salg også finder anvendelse på leasing, for så vidt som de — og anderledes kan det ikke være — vedrører forhandlerens forpligtelser over for fabrikanten og vice versa [36].

Nærværende sag angår derimod fabrikantens pålæg til forhandleren om kun at drive leasingvirksomhed for koncernselskabet såvel som forpligtelsen til ikke at sælge nye køretøjer til uafhængige leasingselskaber, såfremt de pågældende kontrakter er blevet forhandlet, indgået eller formidlet af disse forhandlere. I forhold til disse selskaber gør forhandleren imidlertid, for så vidt som det har interesse her, ikke andet en at *sælge* nye køretøjer: ligningen leasing = salg er derfor ikke relevant eller rettere savner ethvert grundlag. Med andre ord er den omstændighed, at den omhandlede bestemmelse med salg ligestiller et herfra forskelligt juridisk fænomen som leasing, i sagen her uden enhver betydning af den simple grund, at det, der foretages af den i bestemmelsen relevante person, er et salg og intet andet end et salg [37].

41. De uafhængige leasingselskaber kan i øvrigt heller ikke i artikel 3, nr. 10's forstand betragtes som »virksomheder«, der ikke hører til salgsnettet.

I det omfang sådanne selskaber udelukkende giver motorkøretøjer i leasing, og de pågældende kontrakter i øvrigt ikke indeholder nogen option på køb, betragtes de som endelige forbrugere: De er med andre ord erhvervsdrivende, der køber køretøjerne i erhvervsmæssigt øjemed, idet de dog beholder ejendomsretten til dem [38].

42. Jeg skal endelig understrege, at såfremt man ligestiller leasing med videresalg, vil dette gøre det fuldstændig umuligt for de uafhængige leasingselskaber at købe VW- og Audi-motorkøretøjer. Såfremt leasinggiveren blev sidestillet med en ikke-autoriseret videreforhandler, ville dette, netop som følge af artikel 3, nr. 10, i den omhandlede forordning, føre til, at de uafhængige leasingselskaber ikke ville kunne købe motorkøretøjer, der er bestemt til leasing [39].

36 — Denne opfattelse finder støtte i Kommissionens forordningsforslag, som blev offentliggjort den 31.12.1994, og som skal erstatte forordning nr. 123/85 fra den 1.7.1995 (EFT C 379, s. 16). I den bestemmelse, der svarer til artikel 13, nr. 12, fastslås det nemlig ikke kun, at udtrykkene »forhandle« og »sælge« omfatter andre afsætningsformer som f.eks. leasing, men det fastslås udtrykkeligt, at dette gælder »dans le chef de distributeur« (o.a.: den danske forslagstekst indeholder ikke denne tilføjelse).»(Artikel 10, nr. 13, i det nævnte forslag). Heraf følger, at det med sikkerhed ikke kan forbydes forhandleren at levere til de uafhængige leasingselskaber eller selv at drive leasing; i denne sidste situation skal han naturligvis overholde sine kontraktmæssige forpligtelser på samme måde som ved videresalg.

37 — Det skal dog i denne forbindelse bemærkes, at i henhold til det allerede nævnte forordningsforslag betragtes som videresalg »enhver form for leasing, der medfører overgang af ejendomsretten eller mulighed for køb inden kontraktens udløb« (artikel 10, nr. 12). Det vil sige, at en overdragelse ved leasing ikke kan betragtes som et videresalg, undtagen i de tilfælde, hvor der er option på køb, og ejendomsretten overgår for leasingkontraktens udløb, eller der er åbnet mulighed herfor.

38 — Jf. vedrørende dette punkt de anførte betragtninger i forslaget til afgørelse i sag C-70/93, som jeg allerede har henvist til, især punkt 27.

39 — Man ville kun (delvis) kunne undgå denne konsekvens, såfremt leasingselskaberne blev sidestillet med mellemhandlere, og de følgelig under alle omstændigheder kunne købe og lease de omhandlede køretøjer, når de handler i en bestemt endelig forbrugers navn og for dennes regning. Efter min mening bør denne løsning dog afvises af de grunde, jeg allerede har angivet i punkt 29 i forslaget til afgørelse i sag C-70/93.

At et sådant resultat er uacceptabelt (undtagen for VAG) kan ikke være mere klart: Ellers ville man nemlig acceptere, at kun de leasingselskaber, der hører under moderselskabet eller i alt fald er forbundet med det, har tilladelse til at indgå leasingkontrakter vedrørende køretøjer af mærkerne VW og Audi; mere generelt — det skal siges igen — ville en sådan fortolkning af artikel 3, nr. 10, kunne bevirke, at de uafhængige selskaber forsvinder fra automobilleasingmarkedet.

43. I lyset af det anførte er det følgelig min opfattelse, at forhandlernes forpligtelse til kun at drive virksomhed inden for leasing for det selskab, der hører til fabrikantens koncern, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 123/85.

Det fjerde spørgsmål

44. Den foreslåede løsning gør det egentlig overflødigt at besvare det fjerde spørgsmål, hvormed den nationale ret som allerede nævnt ønsker oplyst, hvorvidt en afgørelse, hvorved den nationale myndighed forbyder en adfærd som den, nærværende sag drejer sig om, er forenelig med, at man eventuelt ville komme til et andet resultat på fællesskabsplan alene i henhold til artikel 85, stk. 1, eller forordning nr. 123/85, hvad angår samme adfærd.

For at behandle spørgsmålet udtømmende, samt i tilfælde af, at Domstolen ikke er enig i den foreslåede løsning, anser jeg det ikke desto mindre for hensigtsmæssigt at besvare dette spørgsmål, som gør det nødvendigt at overveje et yderligere spørgsmål i forhold til sag C-70/93, som jeg i dag fremsætter forslag til afgørelse i. I nærværende sag foreligger der således for Domstolen en anmodning om at tage stilling til en eventuel konflikt mellem Fællesskabets konkurrenceret og national konkurrenceret, ikke alene hvor der foreligger en fritagelse i medfør af forordning nr. 123/85, men også med henblik på de tilfælde, hvor den omtvistede adfærd ikke er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1.

45. Med dette spørgsmål forelægges Domstolen således problemet om forholdet mellem Fællesskabets konkurrenceret og national konkurrenceret, et spørgsmål, som længe har været omtvistet mellem tilhængerne af den såkaldte enebegrænsning og dem, der går ind for den såkaldte dobbelte begrænsning.

Såfremt den omtvistede aftale er fritaget i medfør af forordning nr. 123/85, er det klart, at man må tage stilling til, hvorvidt fællesskabsrettens forrang er til hinder for, at de nationale myndigheder på grundlag af den nationale konkurrenceret forbyder en aftale, der er omfattet af en forordning om fritagelse, idet den omhandlede forordning ikke, i det mindste ikke når der foreligger *særlige forhold*, er til hinder for anvendelsen af mere restriktive nationale bestemmelser. For så vidt angår disse tilfælde skal jeg her, for at

gøre det lettere for læseren, blot henvise til de bemærkninger, som jeg allerede har fremsat herom i forbindelse med den allerede nævnte sag C-70/93.

46. Det fastslås nemlig i forordningens 29. betragtning, at den »ikke [er] til hinder for love og administrative forskrifter, hvorved medlemsstaterne med henblik på særlige forhold forbyder konkurrencebegrænsende forpligtelser i en aftale, der er fritaget i henhold til nærværende forordning, eller nægter dem retsbeskyttelse; fællesskabsrettens forrang kan dog ikke påvirkes derved«.

Lad mig med det samme sige, at jeg anser det for et håbløst, ja, djævelsk, forehavende at forene princippet om fællesskabsrettens forrang med muligheden for at forbyde en aftale, der er fritaget i fællesskabsrettens navn og med hjemmel heri. Jeg har dog ikke til hensigt at knibe uden om dette forehavende.

47. Udgangspunktet for en sådan undersøgelse kan kun være dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl. [40], hvori Domstolen fastslog, at det er muligt at anvende fællesskabsbestemmelserne og nationale bestemmelser parallelt på et og samme kartel, eftersom de førstnævnte behandler konkurrencebegrænsningerne ud fra det synspunkt, at de kan medføre hindringer for handelen mellem medlemsstater, mens de sidstnævnte — hver ud fra sine egne særlige grunde — alene vedrører konkurrencebegrænsninger på rent nationalt plan.

I denne dom fastslog Domstolen imidlertid, at en sådan samtidig anvendelse »kun [kan] tillades i det omfang, den ikke skader den ensartede anvendelse — i hele fællesmarkedet — af fællesskabsreglerne vedrørende karteller og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler« [41].

48. Dette forbehold må tillægges afgørende betydning, for så vidt som det endeligt viser, at det er udelukket at anvende national ret, såfremt dette følger af traktatens bestemmelser: Og dette gælder ikke alene i det tilfælde — som i øvrigt er uomtvistet — hvor der foreligger en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 eller 86, hvilket er til hinder for at anvende mindre strenge nationale retsforskrifter.

40 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, Sml. 1969, s. 1, org. ref.: Rec. s. 1.

41 — A.st., præmis 4. Jf. overensstemmende hermed endvidere dommen af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, præmis 16.

I Wilhelm-dommen fastslog Domstolen således, at traktaten »tillader ... Fællesskabets myndigheder at udøve en vis positiv, om end indirekte virksomhed med henblik på at fremme en harmonisk udvikling af det økonomiske liv i Fællesskabet som helhed« [42].

49. Det fremgår med fornøden klarhed af de ovennævnte udtalelser fra Domstolen, at aftaler, der er omfattet af en fritagelse, allerede af denne grund ikke er undergivet de nationale myndigheders kontrol i den forstand, at de ikke kan forbyde dem. Der findes også relevante udtalelser i denne retning i Giry og Guerlain-dommen, hvor Domstolen, da den kom til det resultat, at rene »comfort letters« ikke kan udelukke anvendelsen af national ret, indledningsvis fastslog, at de omtvistede aftaler »ikke er blevet fritaget i medfør af artikel 85, stk. 3« og »ikke omfattet af nogen gruppefritagelsesordning« [43].

50. Nogle forfattere er imidlertid stadig uenige i, at en fritaget aftale ikke er undergivet de nationale myndigheders kontrol, og anfører som begrundelse, at anvendelsen af de strengere nationale bestemmelser ikke altid er til skade for målene i henhold til traktaten. Det er navnlig gjort gældende, og denne opfattelse har Det Forenede Kongerige i øvrigt også gjort til sin i nærværende sag, at såfremt en konkurrencebegrænsende aftale er fritaget efter fællesskabsretten, er dette kun til hinder for at anvende strengere regler i den nationale ret, såfremt den pågældende fritagelse er en fællesskabspolitisk foranstaltning [44].

Umiddelbart efter Wilhelm-dommen var i øvrigt Kommissionen selv af den opfattelse, at dommen ikke havde besvaret »spørgsmålet om, hvorvidt den forrang, som fritagelser i henhold til fællesskabsretten har, er en stiv regel, eller om der er tale om et mere fleksibelt princip, i forbindelse med hvis anvendelse der kan tages hensyn til Fællesskabets og medlemsstaternes respektive interesser« [45].

51. Jeg kan imidlertid ikke tilslutte mig de netop anførte opfattelser. Jeg mener nemlig, at når man har at gøre med aftaler, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som derfor principielt rammes af forbuddet i

42 — Denne konstatering er så meget vigtigere, som generaladvokaten vedrørende dette punkt havde fremført den modsatte opfattelse, at meddelelse af en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, blot er udtryk for, at Fællesskabets myndigheder afstår fra at handle, hvilket i sig selv giver medlemsstaterne ret til at anvende deres nationale, efter omstændighederne strengere bestemmelser, uden at dette griber ind i de med traktaten forfulgte mål (jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Römer i Wilhelm-dommen, Sml. 1969, s. 7, navnlig s. 13, org. ref.: Rec. s. 18, navnlig s. 24).

43 — Jf. præmis 17 i den tidligere nævnte Giry og Guerlain-dom.

44 — Jf. således Market: »Some Legal Administrative Problems of the Coexistence of Community and National Competition Law in the EEC«, *CMLR*, 1974, s. 92.

45 — Jf. *Fjerde Beretning om Konkurrencepolitikken*, s. 33.

artikel 85, stk. 1, må den omstændighed, at der er meddelt fritagelse for dem, være til hinder for, at de nationale myndigheder anfægter den positive bedømmelse, som Fællesskabets myndigheder har foretaget [46]. I modsat fald ville en og samme aftale ikke alene blive behandlet forskelligt afhængig af den enkelte medlemsstats ret, hvilket ville være en hindring for den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, men man ville tillige fratage en fællesskabsforanstaltning dens fulde virkning, og en sådan foranstaltning er der utvivlsomt tale om i forbindelse med en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

52. Jeg mener heller ikke, at man kan komme til en anden konklusion for så vidt angår aftaler, hvis beskyttelse ikke følger af en individuel fritagelse, men derimod af en fritagelsesforordning. Det skal i så henseende blot anføres, at fritagelsesforordningerne ligesom artikel 85, stk. 1, og artikel 86 »har ... umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte« [47].

En national ret må derfor ikke træffe en afgørelse, der er uforenelig med bestemmelserne i en fritagelsesforordning, både i den forstand, at den ikke må udstrække deres rækkevidde til aftaler, der ikke er omfattet af dem, og i den forstand, at den ikke må anse dem for uanvendelige på aftaler, som til gengæld er omfattet af den pågældende fritagelse, hvilket i givet fald fastslås efter en forelæggelse for Domstolen i medfør af artikel 177.

53. Det fremgår klart af det anførte, at såfremt det tillades de nationale myndigheder at forbyde en aftale, der er fritaget, selv om det sker *med henblik på særlige forhold*, anfægter man nødvendigvis princippet om fællesskabsrettens forrang, medmindre disse særlige forhold i sig selv anses for at være af en sådan art, at der ikke opstår nogen konflikt mellem national ret og fællesskabsret.

Det er imidlertid ikke let at fastslå, hvornår der foreligger »særlige forhold« af en så særegen art. Efter den forklaring, som Kommissionen gav i retsmødet, vedrørende den uheldige formulering af 29. betragtning, kan det f.eks. betragtes som et særligt forhold, at en autoriseret forhandler har adgang til at sælge varer af flere mærker, såfremt dette viser sig at være nødvendigt med henblik på at sikre, at han kan overleve som erhvervsdrivende.

46 — Da en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, nødvendigvis har virkninger i alle de medlemsstater, hvor de pågældende virksomheder driver virksomhed, er det også klart — medmindre man vil acceptere en fuldstændig adskillelse mellem virkninger på EF-plan og nationale virkninger — at den ensartede anvendelse af fællesskabsretten (også på konkurrenceområdet) ville blive uden enhver betydning i alle de tilfælde, hvor den fællesskabsretlige fritagelse blev gjort afhængig af nationale bestemmelser på området.

47 — Jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 45 og 46.

54. Da en sådan mulighed imidlertid er udtrykkeligt nævnt i forordningen [artikel 5, stk. 2, nr. 2, litra b)], kan man i det højeste udlede heraf, at eventuelle konkurrencebegrænsende aftaler, der principielt kan fritages på grundlag af en bestemmelse i forordningen, kan forbydes efter national ret, men kun på betingelse af, at dette har udtrykkelig hjemmel i en anden bestemmelse i denne forordning. Og dette er efter min opfattelse den eneste måde, hvorpå man kan få en mening ud af bemærkningerne i 29. betragtning, selv om de også efter denne fortolkning stadig er selvmodsigende.

55. I lyset af det anførte må det derfor erkendes, at de udsagn, der findes i den mislykkede 29. betragtning i forordning nr. 123/85, er i indbyrdes modstrid: Under hensyn til princippet om fællesskabsrettens forrang kan det ikke tillades, at de nationale myndigheder foretager en anden bedømmelse (og regelanvendelse) med hensyn til en aftale, der er beskyttet i henhold til en fritagelsesforordning. En sådan aftale kan følgelig ikke forbydes på grundlag af national ret.

56. Det spørgsmål står herefter tilbage, om løsningen også skal være den samme i de tilfælde, hvor den pågældende aftale heller ikke er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1. I så henseende er det den fremherskende opfattelse, at alle aftaler, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten eller i alt fald ikke er i strid med den — naturligvis med undtagelse af dem, der er omfattet af en individuel fritagelse eller en gruppefritagelse — ikke udelukker anvendelsen af national ret, hvoraf følger, at en adfærd, der er lovlig efter fællesskabsretten, kan pålægges sanktioner med hjemmel i nationale bestemmelser.

Det er klart, at national ret finder anvendelse, når den pågældende aftale end ikke er omfattet af anvendelsesområdet for Fællesskabets konkurrenceret, idet den ikke antages at kunne påvirke handelen mellem medlemsstater. Det er i så henseende uden betydning, at denne vurdering fremgår af et »comfort letter« [48], en negativattest, en formelig beslutning eller endog, naturligvis, en af Domstolen afsagt dom.

57. Derimod er der visse tvivl i den situation, hvor Kommissionens bedømmelse er

48 — Herom har Domstolen i øvrigt i Giry og Guerlain-dommen (præmis 18) udtalt, at et »comfort letter« »ikke i sig selv [kan] medføre, at de nationale myndigheder ikke på de nævnte aftaler kan anvende nationale konkurrenceregler, der eventuelt er strengere end fællesskabsrettens konkurrenceregler«, netop fordi dette blot er en skrivelse, hvorved Kommissionen tilkendegiver, at den ikke finder nogen anledning til at skride ind i medfør af artikel 85, stk. 1.

positiv, og den f.eks. finder, at selv om den pågældende aftale principielt begrænser konkurrencen, er den dog ikke en begrænsning, der er omfattet af artikel 85, stk. 1, da den i øvrigt bidrager til virkeliggørelsen af traktatens mål. Dette er i virkeligheden situationen i forbindelse med talrige negativattester, og det er netop i denne situation, at nogle forfattere gør gældende, at Kommissionens positive bedømmelse ikke må tilsidesættes som følge af anvendelsen af strengere nationale bestemmelser [49].

Det er ubestrideligt, at det ikke skorter på gode argumenter for denne opfattelse, heriblandt de uoverensstemmelser i praksis, som den modsatte opfattelse kunne give anledning til: Det er nemlig ganske klart, at hvad der sker med en aftale, som Kommissionen har erklæret overensstemmende med fællesskabsretten, afhænger af de gældende nationale bestemmelser på området, hvoraf følger, at en og samme adfærd vil være forbudt i nogle medlemsstater og lovlig i andre. På den anden side må det anerkendes, at en opfattelse hos Kommissionen, der ikke kommer til udtryk i en bindende retsakt, pr. definition ikke kan binde den nationale ret, til hvem traktaten også henlægger anvendelsen af konkurrencereglerne [50].

58. Jeg har dermed fremstillet problemet, men mener ikke, at jeg bør opholde mig længere ved det, for selv om spørgsmålet er af stor betydning, går det ud over rammerne for nærværende sag og ville under alle omstændigheder kræve meget længere udredninger.

I sagen her er det nemlig tilstrækkeligt at bemærke, at en eventuel bedømmelse af foreneligheden med artikel 85, stk. 1, i givet fald vil blive behandlet i Domstolens dom og dermed ikke efter min mening kan tilsidesættes af den nationale ret og/eller af de kompetente nationale myndigheder. Med andre ord, såfremt Domstolen måtte komme til det resultat, at den omtvistede adfærd, selv om den kan påvirke handelen mellem medlemsstater, konkret ikke udgør en trussel for konkurrencen i artikel 85, stk. 1's forstand, giver

49 — Jf. således f.eks. Rideau: »Droit communautaire de la concurrence et droits nationaux de la concurrence«, *Revue des affaires européennes*, 1991, s. 5, navnlig s. 15 ff., samt Serras: »L'application du droit communautaire de la concurrence par les juridictions nationales«, *Revue de la concurrence et de la consommation*, 1990, s. 19, især s. 24 ff.

50 — Dette betyder modsætningsvis, at såfremt Kommissionens opfattelse kommer til udtryk i en formelig beslutning, dvs. en bindende retsakt, må denne bedømmelse afskære den nationale ret fra at anvende strengere nationale bestemmelser.

det sig selv, at en sådan bedømmelse vil have den samme virkning som en fritagelse, således at den nationale ret af de grunde, som jeg allerede har anført for så vidt angår de fritagne aftaler, ikke kan have beføjelse til at forbyde den pågældende adfærd.

59. En sådan fortolkning er i fuld overensstemmelse med den tankegang, der ligger til grund for den flere gange nævnte Wilhelm-dom: Det ville nemlig være til skade for Fællesskabets konkurrencerets fulde gennemslagskraft, såfremt man antog, at en afvigende national afgørelse kunne stå ved magt over for en dom afsagt af Domstolen, hvorved det fastslås, at den pågældende aftale ikke er omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, fordi den ikke begrænser konkurrencen.

Såfremt et sagsforhold ikke omfattes af artikel 85, stk. 1, fordi der ikke gøres indgreb i samhandelen inden for Fællesskabet, kan det meget vel tænkes, at de kompetente nationale myndigheder anser denne aftale for stridende mod konkurrencereglerne på grund af de skadevirkninger, den har på det nationale marked. Såfremt Kommissionen derimod ved en *retligt bindende* bedømmelse eller — endnu klarere — Domstolen ved en dom fastslår, at aftalen ikke begrænser konkurrencen, er dette til hinder for, at der gribes ind over for denne aftale på nationalt plan: I dette tilfælde er nemlig efter min mening betingelserne opfyldt for at gøre fællesskabsrettens forrang gældende.

Forslag til afgørelse

60. I lyset af det anførte foreslår jeg herefter Domstolen at besvare Bundesgerichtshof's spørgsmål som følger:

»Såfremt en fabrikant af motorkøretøjer pålægger forhandlerne, der indgår i fabrikantens salgsnet, udelukkende at forhandle og indgå leasingkontrakter for fabrikantens eget leasingselskab eller forbyder disse forhandlere at sælge nye køretøjer til andre leasingselskaber end det, der hører til fabrikantens koncern, såfremt køretøjerne skal tjene til opfyldelse af leasingkontrakter, der er formidlet af forhandlerne, udgør dette en aftale, som forbydes ved traktatens artikel 85, stk. 1, og forpligtelsen er ikke fritaget i medfør af bestemmelserne i forordning nr. 123/85.«

I tilfælde af, at Domstolen skulle komme til et andet resultat for så vidt angår spørgsmålet, om det er muligt at fritage den omhandlede klausul i medfør af forordning nr. 123/85, eller under alle omstændigheder skulle finde, at klausulen ikke er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, foreslår jeg, at det sidste spørgsmål besvares som følger:

»Ifølge princippet om fællesskabsrettens forrang kan en aftale, som er beskyttet i medfør af en fritagelsesforordning, eller som er erklæret forenelig med traktatens artikel 85, stk. 1, fordi den ikke begrænser konkurrencen, ikke forbydes af de nationale myndigheder på grundlag af mere restriktive nationale bestemmelser.«