FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MAURICE LAGRANGE FREMSAT DEN 27. FEBRUAR 1962

Indhold

I — Faktiske omstændigheder 302

II — Retlig bedømmelse 303

A — Er sagen forskriftsmæssigt indbragt for Domstolen, således at denne allerede nu kan træffe afgørelse? 303

B — Er Domstolen kompetent til at udtale sig om det eller de stillede spørgsmål, og i bekræftende fald i hvilket omfang? 306

C — Hvilke svar bør der gives? 308

1. Er bestemmelserne i artikel 85 ff, i det mindste på nuværende tidspunkt, umiddelbart anvendelige på medlemsstaternes statsborgere? 308

2. Har den følge — »ingen retsvirkning« —, som i artikel 85, stk. 2 er fastsat for de i medfør af stk. 1 forbudte karteller, virkning, så længe der ikke er givet »fritagelse fra forbudet« efter stk. 3 308

a) Vanskeligheder, der skyldes eksistensen af konkurrerende kompetencer 309

b) Vanskeligheder, der skyldes den nære sammenhæng mellem stk. 1 og stk. 3 i artikel 85 310

3. Er eksportklausuler forbudte efter artikel 85, stk. 1? 312

III — Forslag til afgørelse 314

Høje Ret.

Denne sag — den første, som forelægges Dem i medfør af artikel 177 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab — er som sådan vigtig, fordi den opkaster spørgsmålet om, hvorledes en ordning med forelæggelse af spørgsmål til præjudiciel afgørelse, skal fungere, en ordning som åbenbart er bestemt til at spille en væsentlig rolle ved traktatens anvendelse. Den gradvise indførelse af denne traktat i medlemslandenes juridiske, sociale og økonomiske liv må nemlig mere og mere nødvendiggøre dens anvendelse — således i det foreliggende tilfælde dens fortolkning — i de interne privat- eller offentligretlige tvister; dette gælder ikke blot bestemmelserne i selve traktaten, men også bestemmelserne i de til dens gennemførelse udstedte forordninger, som også kan give anledning til fortolkningsproblemer, ja også til problemer vedrørende deres lovlighed. Bestemmelserne i artikel 177 skal, hvis de anvendes rigtigt — jeg fristes til at sige loyalt — muliggøre, at der skabes et virkeligt og frugtbart samarbejde mellem de nationale domsmyndigheder og Fællesskabernes Domstol i gensidig respekt for deres respektive kompetencer. Det er i denne ånd, man på begge sider skal løse de undertiden ømtålelige problemer,

som enhver præjudiciel ordning giver anledning til, og som her nødvendigvis bliver større som følge af de forskelligheder, der i denne henseende består i medlemsstaternes retssystemer.

Den foreliggende sag er også vigtig ud fra et andet synspunkt, idet den drejer sig om fortolkningen af traktatens artikler 85 ff, en fortolkning, om hvilken man i det mindste kan sige, at den ikke altid er let, men som imidlertid er afgørende for funktionen af en af fællesmarkedets mest »neuralgiske« sektorer, hvor det er stærkt påkrævet at forene almenhedens interesse og hensynet til retssikkerheden. I denne henseende overflødiggør offentliggørelsen i JO af 21. 2. 1962 (EFT-specialudgave 1959—62, s. 81) af den første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86, hvorved overgangsperioden bringes til ophør, imidlertid en undersøgelse af visse spørgsmål, som indtil da var de mest omstridte, og letter i temmelig stort omfang løsningen af andre. Man må virkelig beklage, at der ikke har været givet Domstolen mulighed for at gøre en ende på den retsusikkerhed, som især har kunnet mærkes i denne overgangsperiode, og som, forstærket af medlemsstaternes divergerende holdning, alvorligt har hæmmet »igangsættelsen« af traktatens antikartellovgivning. Til gengæld vil det vise sig, at Domstolens og de nationale domsmyndigheders opgave herved er blevet lettere.

I — Faktiske omstændigheder

Lad mig kort anføre de faktiske omstændigheder:

Det tyske selskab Robert Bosch, der fabrikerer køleskabe i Stuttgart, sørger for, i alle salgskontrakter, som det indgår med nationale købere, at indføje en klausul, hvorefter »Bosch-produkterne kun med tilladelse fra Bosch må eksporteres til udlandet«. Denne klausul har især til formål at beskytte den eneforhandlingsret, som selskabet Bosch indrømmer for forhandlingen af dets produkter i udlandet: selskabet van Rijn har siden 1903 haft denne eneret til forhandling af Bosch-produkter i Nederlandene.

I årene 1959—1960 importerede det nederlandske selskab de Geus Bosch-køleskabe fra Tyskland, som det købte hos nogle tyske firmaer, der imidlertid over for Bosch var kontraktligt forpligtet til ikke at eksportere disse produkter. Som følge heraf anlagde Bosch og Van Rijn sag for retten i Rotterdam mod de Geus med påstand om, at dennes handlinger blev kendt ulovlige. Men de Geus, sagsøgte i denne tvist, gjorde blandt andet gældende, at den af sagsøgerne påberåbte aftale var uforenelig med EØF-traktaten og ugyldig i medfør af traktatens artikel 85, stk. 2, fordi den havde til formål og til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Retten fandt, at artikel 85 på nuværende stadium af fællesmarkedets virkeliggørelse ikke kunne medføre, at aftaler, der eventuelt stred mod dens bestemmelser, blev ugyldige. Følgelig gav den sagsøgerne medhold i deres påstand.

Den 8. november 1960 appellerede selskabet de Geus denne dom, idet det igen påberåbte sig ugyldigheden af den pågældende aftale i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 2. Da Bosch og van Rijn, appelindstævnte, bestred dette anbringende, besluttede appelretten i Haag under hensyn til, at det drejede sig om et spørgsmål om fortolkningen af traktaten, og at det var nødvendigt først at afgøre dette, ved dom af 30. juni 1961 at anmode EØF-Domstolen om i overensstemmelse med traktatens artikel 177 at

»træffe afgørelse af spørgsmålet, om det eksportforbud, som R. Bosch GmbH, Stuttgart, har pålagt sine aftagere, og som disse kontraktligt har accepteret, i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 2 er uden retsvirkninger for eksporten til Nederlandene«.

Denne dom blev fremsendt til Domstolen den 10. juli 1961 af justitssekretæren ved appelretten i Haag. Men den 21. september samme år indgav Bosch og van Rijn kassationsanke mod samme dom, idet de hævdede, at appelretten med urette havde forelagt spørgsmålet for De europæiske Fællesskabers Domstol. Denne anke, der er registeret på justitskontoret i appelretten i Haag, er ved meddelse fra denne rets justitssekretær officielt bragt til Domstolens kundskab den 10. oktober 1961.

Efter at have indgivet denne kassationsanke gav Bosch's og van Rijn's advokat i en brev-

veksling med justitssekretæren ved De europæiske Fællesskabers Domstol udtryk for den opfattelse at Domstolen, før den traf afgørelse i den sag, som var forelagt den af appelretten i Haag, måtte afvente udfaldet af kassationsanken, idet en sådan ifølge § 398, sidste stk. i den nederlandske lov om den borgerlige retspleje suspenderer fuldbyrdelsen af den ankede dom.

Advokaten for firmaet de Geus gav derimod udtryk for den opfattelse, at kassationsanken ikke har nogen inflydelse på sagen for de europæiske Fællesskabers Domstol, og desuden at dommen fra appelretten i Haag ifølge nederlandsk ret var en procesledende dom efter § 46, stk. 2 i lov om den borgerlige retspleje, på hvilken denne lovs § 398 ikke finder anvendelse, idet procesledende kendelser og domme ikke kan gøres til genstand hverken for appel eller for kassationssøgsmål før afsigelsen af den endelige dom eller kendelse.

Ved skrivelse af 19. oktober 1961 meddelte justitssekretæren for De europæiske Fællesskabers Domstol parterne, at kassationsanken af dommen af 30. juni 1961 fra appelretten i Haag efter Domstolens opfattelse ikke uden videre suspenderede den for Domstolen foreliggende sag. Denne er derfor viderebehandlet under de betingelser, der navnlig er fastsat i artikel 20 i EØF-protokollen vedrørende statutten for Domstolen og artikel 103 i procesreglementet. Parterne i hovedsagen, EØF-Kommissionen og fire af medlemsstaternes regeringer, den nederlandske, den tyske, den franske og den belgiske, har fremsat deres bemærkninger. Sagen er blevet mundtligt behandlet.

II — Retlig bedømmelse

Jeg foreslår, at følgende tre spørgsmål behandles efter hinanden: 1. Er sagen forskriftsmæssigt indbragt for Domstolen, således at denne allerede nu kan træffe afgørelse? 2. Er Domstolen kompetent til at udtale sig om det eller de stillede spørgsmål, og i bekræftende fald i hvilket omfang? 3. I bekræftende fald: hvilke svar bør der gives?

A — Er sagen forskriftsmæssigt indbragt for domstolen således, at denne allerede nu kan træffe afgørelse?

Det kan ikke bestrides og er heller ikke blevet bestridt, at sagen forskriftsmæssigt er indbragt for Domstolen af appelretten i Haag. Men spørgsmålet er, om den kassationsanke, som en af parterne siden har indgivet mod forelæggelsesdommen, er til hinder for, at vor Domstol træffer afgørelse, så længe Nederlandenes kassationsdomstol, Hoge Raad, ikke har truffet afgørelse. Det siger sig selv, at spørgsmålet ikke er afgjort ved Domstolens beslutning, en slags intern beslutning, om at lade sagen gå sin gang: Domstolen kunne nemlig kun have truffet en modsat afgørelse ved dom, for en sådan afgørelse ville have taget stilling til et stridsspørgsmål. Domstolen har derimod ved at lade sagen gå sin gang tilladt, at også *dette* spørgsmål står åbent.

a) Man kan først og fremmest spørge, om problemet ikke er løst i artikel 20 i EØF-protokollen vedrørende statutten for Domstolen, der lyder således:

»I de i traktatens artikel 177 omhandlede tilfælde påhviler det den nationale ret, *der beslutter at udsætte en sag* og retter henvendelse til Domstolen, at oversende denne beslutning til Domstolen«

Det er blevet hævdet, at *hele den nationale procedure,* herunder de ordinære retsmidler (appel, kassation osv.) i kraft af denne bestemmelse uden videre udsættes alene som følge af henvisningen til Domstolen.

Jeg deler ikke denne opfattelse. Bestemmelsen taler om

»den nationale ret, der beslutter at udsætte en sag og retter henvendelse til Domstolen . . . .«

hvilket efter min mening kun kan betyde udsættelse af sagens behandling *ved denne nationale ret,* idet ordene »der beslutter at udsætte en sag« er ensbetydende med »der beslutter at udsætte sagens afgørelse«. Ingen som helst domsmyndighed kan beslutte en selv foreløbig ophævelse af de legale retsmidler. Vi skal imidlertid straks se, at de ordinære retsmidler i de nationale retssystemer i de fællesskabslande, som opererer med forelæggelse til præjudiciel afgørelse,

sædvanligvis eller i hvert fald ofte kan bringes i anvendelse mod kendelser eller domme om udsættelse. Man kan ikke fornuftigvis gå ud fra, at traktatens forfattere har villet krænke en regel, som er så vigtig, og som angår det nationale retsvæsens interne funktion, uden at sige dette klart: den these, jeg her anfægter, skulle hvile på den stiltiende anerkendelse af en forud given retsnorm; man måtte i virkeligheden fortolke artikel 20's udtryk (»den nationale ret, der beslutter at udsætte en sag«) således: den nationale ret, der *herved beslutter at udsætte den samlede sag for den nationale ret.* Det er noget ganske andet.

I øvrigt tilkommer det ikke, i det mindste ikke på sagens nuværende stadium, vor Domstol at udtale sig om et sådant spørgsmål, for den ville i så fald træffe afgørelse om, hvorvidt den i Nederlandene indgivne kassationsanke kunne antages til realitetsbehandling. Kun Hoge Raad har kompetence til at træffe en sådan afgørelse; måske kunne eller burde denne ret forelægge et spørgsmål om fortolkning af artikel 20 i denne henseende for os, men for øjeblikket har kun appelretten i Haag henvendt sig til os, og den rådspørger os på ingen made om dette punkt.

b) Man må derfor undersøge problemet under en bredere synsvinkel og, som De altid gør i lignende tilfælde, lade sig lede af de almindelige principper, som fremgår af medlemsstaternes nationale ret. I denne henseende vil jeg give nogle oplysninger om fransk og tysk ret, hvor systemet med de præjudicielle spørgsmål er godt kendt.

I Frankrig er det hovedreglen, at de to typer domsmyndigheder udviser gensidig respekt for deres respektive kompetencer. Hvad hovedsagen angår, er der intet til hinder for, at de ordinære retsmidler (appel eller kassation) anvendes mod udsættelsesdommen; sagen er blot suspenderet for den ret, som har bestemt udsættelsen.

Hvad angår sagen for dommeren i præjudicielle spørgsmål er det hovedreglen, at han træffer afgørelse om sin egen kompetence og kun om den. Han skal således ikke prøve, om henvisningen i det foreliggende tilfælde var berettiget, eller om den var nødvendig for, at der kunne træffes afgørelse i hovedsagen osv. Hvis han gjorde det, ville han blande sig i den henvisende dommers kompetenceområde.

Men han kan dog ikke se bort fra *hovedsagens stilling.* Han må nemlig for at kunne træffe afgørelse være i besiddelse af et behørigt »retsgrundlag«. Hvis således dommeren i hovedsagen f.eks. har mistet tålmodigheden og har truffet en realitetsafgørelse uden at afvente dommen i det præjudicielle spørgsmål, kan dommeren i den præjudicielle sag ikke gøre andet end at afstå fra at udtale sig[1]. Det samme er tilfældet, såfremt henvisningsdommen i mellemtiden er blevet ophævet af kassationsretten[2].

Hvis henvisningsdommen har fået retskraft, skal der omvendt straks træffes afgørelse om det præjudicielle spørgsmål, *selv om der er indgivet kassationsanke mod dommen,* da et sådant retsmiddel »ikke kan udsætte dennes virkninger«[3]. Alle disse løsninger bygger på hensynet til sagens enhed i det øjemed at undgå forvirring, samtidig med at de respekterer kompetencefordelingen.

I Tyskland synes man at anvende de samme regler i de sædvanlige udsættelsestilfælde. Især gælder princippet om, at de ordinære retsmidler kan anvendes mod udsættelsesbeslutningerne (§ 252 ZPO). En vigtig undtagelse angår imidlertid udsættelserne i medfør af § 100 i grundloven, hvorefter de almindelige domstole er pligtig at indbringe sagen for forfatningsdomstolen, når den finder, at en lov, som skal danne grundlag for afgørelsen af den pågældende tvist, strider mod forfatningen, eller når der skal træffes afgørelse om, hvorvidt en folkeretlig regel er en bestanddel af tysk ret og binder den enkelte umiddelbart. Efter den fremherskende opfattelse i teorien og tilsyneladende den enstemmige opfattelse ved appelretterne kan udsættelsesbeslutningen i dette tilfælde ikke gøres til genstand for appel (»Beschwerde«). Denne opfattelse støttes især på forfatningsdomstolens enekompetence.

1 — Conseil d'Etat, Reynaud, 9. maj 1913, Recueil des arrêts du Conseil d'Etat, s. 52.
2 — Conseil d'Etat, ministre de la justice, 13. april 1907, Recueil, s. 354.
3 — Conseil d'Etat, élections d'Yhold, 16. november 1923, Recueil, s. 732.

Man kan naturligvis finde en vis analogi mellem dette tilfælde og artikel 177, både hvad angår betoningen af den *ordre public*-karakter, som er karakteristisk for begge sager, og hvad angår det forfatningsmæssige aspekt, som også artikel 177-proceduren i et vist omfang frembyder. Det er meget muligt, at de tyske domsmyndigheder under hensyntagen til denne analogi, når de står over for et sådant tilfælde, er af den opfattelse, at forelæggelsen for Domstolen suspenderer retsmidlerne mod forelæggelseskendelsen og ikke blot sagen for den forelæggende ret. Men det er naturligvis udelukkende op til dem selv.

Endelig kan vi mærke os, at *i Italien* er lovgiveren skredet ind. Det drejer sig om § 3 i lov nr. 204 af 13. marts 1958, hvorved protokollerne vedrørende privilegierne og immuniteterne og vedrørende statutten for Domstolen blev ratificeret. Den lyder således:

»Med henblik på gennemførelsen af artiklerne 150 i Euratom-traktaten, 21 i protokollen vedrørende statutten for Euratom-domstolen, 177 i EØF-traktaten og 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen, afsiger den almindelige og specielle domsmyndigheds organer en kendelse, hvorved de, samtidig med at de angiver ordlyden af og begrundelsen for den anmodning, som har givet anledning til det præjudicielle spørgsmål, foreskriver, at sagens akter omgående oversendes til Domstolen, og *suspenderer den verserende retstvist.* Justitskontoret drager omsorg for, at en genpart af kendelsen på ustemplet papir sammen med sagens akter afsendes ved anbefalet brev med modtagerbevis til Domstolens justitskontor«.

Kan man udlede af uddrykket »suspenderer den verserende *retstvist*« — og altså ikke »sagen« (procedure) —, at den italienske lovgiver har villet suspendere anvendelsen af retsmidlerne mod forelæggelsesbeslutningen? Også på dette punkt er det udelukkende den nationale domsmyndighed, der er kompetent til at udtale sig. I øvrigt var det måske ikke nødvendigt, hvis man holder sig for øje, at forelæggelsen blot sker ved en kendelse, og at retsmidlerne i et sådant tilfælde uden videre suspenderes efter italiensk ret.

Denne oversigt er tilstrækkelig til at påvise, at der i seks fællesskabslande ikke eksisterer en indiskutabel retsregel om, at anvendelsen af retsmidlerne mod de retsafgørelser, hvorved sagerne udsættes i tilfælde af præjudicielle spørgsmål, uden videre suspenderes. En sådan retsregel ville have til følge, at Domstolen blev fritaget for enhver undersøgelse af sagens stilling på det nationale plan. Navnlig synes der ikke at gælde en sådan regel i Nederlandene. Vi har endvidere set, at der ikke findes nogen sådan regel i traktaten, og artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for Domstolen kan efter min mening ikke fortolkes i denne retning.

Det synes således at være nødvendigt at undersøge, om der på det tidspunkt, hvor De blev anmodet om at træffe afgørelse, stadig bestod et gyldigt »grundlag« for Deres afgørelse.

I denne henseende ser jeg i drøftelsen bort fra argumentet om, at dommen fra retten i Haag kun er en procesledende dom og ikke en mellemafgørelse, og at den derfor ifølge § 336 sammenholdt med § 398 i den nederlandske lov om den borgerlige retspleje ikke kan være genstand for kassationsanke. Dette er nemlig et spørgsmål om, hvorvidt den sag, som er indbragt for Nederlandenes kassationsret, kan antages til realitetsbehandling, og det er klart, at dette udelukkende henhører under nævnte høje rets kompetence. Vi derimod kan blot tage eksistensen af appellen til efterretning og undersøge, om den, for så vidt angår indbringelsen for vor Domstol, uden videre suspenderer virkningerne af appelrettens dom.

Problemet opstår på grund af § 398 i lov om den borgerlige retspleje:

»Bortset fra de tilfælde, hvor dommeren har beordret foreløbig fuldbyrdelse, har kassationsappel suspensiv virkning«.

Jed tror ikke, at forelæggelsen for Domstolen af et spørgsmål til præjudiciel afgørelse efter traktatens artikel 177 kan betragtes som en »fuldbyrdelsesforanstaltning« i dette ords processuelle forstand, dvs. i forholdet til parterne. Her kræves ingen medvirken fra parterne; alt forbliver uforandret; der kunne i øvrigt ikke være tale om en foreløbig fuldbyrdelse på området. Vi står over for en sag, hvor »ordre public« er fremherskende, som forløber uden parternes aktive deltagelse, og som ikke har nogen indvirkning på deres formue eller retsforhold. Selv om der stadig var tvivl,

ville det i øvrigt ikke tilkomme Dem at træffe afgørelse om et spørgsmål, som henhører under national ret. Domstolen kan kun anvende de nationale retsregler, hvis anvendelsen er åbenbar og ubestridelig. Men i det foreliggende tilfælde er sagen indbragt forskriftsmæssigt for Domstolen, og den må træffe afgørelse, når den anser sig for kompetent til at behandle det spørgsmål, som er forelagt den. Kun såfremt dommen fra retten i Haag kasseres og som følge heraf ophæves med tilbagevirkende kraft, må Domstolen undlade at træffe afgørelse, for så eksisterer det nødvendige grundlag for Deres afgørelse, nemlig forelæggelsesdommen, ikke mere.

Naturligvis er der en risiko for, at dette sker efter, at De har afsagt Deres dom. Denne vil da være uden nogen betydning for dommen i hovedsagen. Det er dog en risiko, som efter min mening må accepteres, i det mindste i en sag som denne, hvor den principielle betydning af den fortolkning, som man venter af Dem, utvivlsomt langt overvejer interesserne hos de pågældende parter, hvis rettigheder, ligesom den nationale dommers eneret, fuldt ud beskyttes inden for rammerne af den nationale sag.

B — Er domstolen kompetent til at udtale sig om det eller de stillede spørgsmål og i bekræftende fald i hvilket omfang?

Jeg henviser til affattelsen af det spørgsmål, som appelretten i Haag har stillet i sin domskonklusion:

»EØF-Domstolen anmodes om at træffe afgørelse af spørgsmålet, om det eksportforbud, som Robert Bosch GmbH, Stuttgart, har pålagt sine aftagere, og som disse kontraktligt har accepteret, i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 2 er uden retsvirkninger for eksporten til Nederlandene«.

Hvis man tog spørgsmålet bogstaveligt, måtte Domstolen uden tvivl erklære, at den ikke var kompetent til at træffe afgørelse om det.

Artikel 85, stk. 2 bestemmer, som De ved, at:

»De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning«.

Spørgsmålet drejer sig således om, hvorvidt de pågældende aftaler falder ind under forbudet i stk. 1. Der er imidlertid ingen regel, der giver Domstolen kompetence i denne henseende.

I overgangsperioden, dvs. indtil offentliggørelsen af gennemførelsesforordningen, kunne der nemlig for Domstolen kun indbringes en sag mod en af grunde ledsaget beslutning, som var vedtaget af Kommissionen i medfør af traktatens artikel 89, stk. 2, og hvorved det, efter at den på begæring af en medlemsstat eller på eget initiativ havde foretaget en undersøgelse, var fastslået, at der forelå en overtrædelse af de »i artiklerne 85 og 86 fastlagte principper«. Det var den eneste beføjelse, der var tillagt Fællesskabets udøvende organ og som følge heraf også Domstolen, der i medfør af artikel 173 har beføjelse til at prøve lovligheden af Kommissionens beslutninger.

Det var meningen med den i medfør af artikel 87 udstedte forordning, at den skulle

»fastlægge opgavefordelingen mellem Kommissionen og Domstolen i forbindelse med anvendelsen af de i dette stk. nævnte bestemmelser« (afsnit d),

og endvidere

»bestemme forholdet mellem den nationale lovgivning på den ene side, og på den anden side bestemmelserne i denne afdeling samt de bestemmelser, der er fastsat i medfør af denne artikel« (afsnit e).

I forordningen er der imidlertid ikke tillagt Domstolen nogen speciel kompetence ud over den normale kontrol med lovligheden af Kommissionens beslutninger. Kommissionens beføjelser med henblik på anvendelsen af artikel 85 består nu i: 1. udstedelsen af »negativattester«, hvorved Kommissionen

»efter begæring fra de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder kan fastslå, at der ikke efter de forhold, Kommissionen har kendskab til, findes anledning til i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1 eller artikel 86 at skride ind mod en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis«;

2. beføjelsen til på begæring eller på eget initiativ at fastslå, om der foreligger overtrædelser af artiklerne 85 eller 86: 3. udøvelsen af en enekompetence hvad angår »uanvendelig-

hedserklæringerne«, dvs. hvad angår fritagelserne fra forbudet i henhold til artikel 85, stk. 3.

Vi skal straks se om og i hvilket omfang de nationale retter efter forordningens offentliggørelse stadig er kompetente til at træffe afgørelse vedrørende forbudene i artikel 85, stk. 1 og til at fastslå virkningerne af den ugyldighed, som disse forbud medfører efter stk. 2. Men sikkert er det, at Domstolen ikke har nogen kompetence på alle disse felter, så længe der ikke er indbragt et søgsmål for den mod en beslutning fra Kommissionen.

Den franske regering gjorde opmærksom herpå i sit indlæg i den foreliggende sag og antog på det grundlag, at Domstolen er inkompetent til at træffe afgørelse i henhold til den anmodning, der er forelagt den.

Men selv om Domstolen ganske vist er inkompetent til at træffe afgørelse i henhold til anmodningen, sådan som denne fremgår af en bogstavfortolkning af forelæggelsesdommens konklusion, dvs. træffe afgørelse om det konkrete tilfælde, har den i medfør af artikel 177 kompetence til at træffe afgørelse vedrørende traktatens fortolkning. Man kan følgelig spørge, om De ikke først bør bestræbe Dem på at fortolke forelæggelsesdommen og af denne uddrage det, der angår Deres egen kompetence, dvs. de abstrakte problemer vedrørende traktatens fortolkning, som sagen rejser, og som ligger til grund for anmodningen. Jeg tror, at en sådan bestræbelse kan og bør gøres, når man henholder sig til dommens præmisser, som tilstrækkelig tydeligt lader de abstrakte fortolkningsspørgsmål træde frem, som retten i Haag ønsker belyst.

Hvilke præmisser drejer det sig om? Jeg tror, jeg må henvise til dem *in extenso:*

»Den anden indsigelse går ud på, at retten i første instans med urette har fundet, at det foreliggende eksportforbud ikke falder ind under EØF-traktatens artikler 85 til 90; en afgørelse af denne ordlyd findes ikke i rettens dom, men det fremgår klart af appellantens redegørelse, at han anfægter rettens afgørelse, hvorefter den foreliggende aftale ikke på nuværende tidspunkt er ugyldig i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 2, en afgørelse, som retten støtter på den betragtning, at fællesmarkedet ikke er virkeliggjort eo ipso ved EØF-traktatens ikrafttræden, men at det tværtimod ved den nævnte traktats bestemmelser karakteriseres som værende i sin vorden *(in statu nascendi);* herimod har appellanten anført, at de i artikel 85, stk. 1 nævnte aftaler efter EØF-traktatens system uden videre er ugyldige; ganske vist er de nationale myndigheder i medfør af artikel 88 midlertidigt beføjet til at træffe afgørelse om konkurrencereguleringernes tilladelighed, men efter de tyske retsregler, der er anvendelige i den foreliggende sag, er de omhandlede aftaler uden retsvirkninger, så længe der ikke er givet tiladelse efter den nævnte artikel 88;

de appelindstævnte svarer for det første, at EØF-traktatens artikler 85 og 90 ikke er umiddelbart anvendelige på signatarstaternes statsborgere, og selv om man antager, at der består en umiddelbar forpligtelse, er de omhandlede reguleringer med deres eksportforbud retsgyldige af de grunde, der er indeholdt i rettens ovenfor citerede dom;
det fremgår af det ovenfor anførte, at der er rejst et spørgsmål om fortolkning af EØF-traktaten, og dette spørgsmål må afgøres. Før retten behandler disse indsigelser nøjere, anmoder den derfor EØF-Domstolen om i medfør af traktatens artikel 177 at træffe afgørelse om dette spørgsmål.«

Det forekommer mig, at man af disse præmisser kan udskille følgende to spørgsmål om fortolkning af traktaten. Det første er et spørgsmål om anvendelse *ratione temporis:* er artiklerne 85 ff i det mindste på nuværende tidspunkt umiddelbart anvendelige på medlemsstaternes statsborgere? Det andet spørgsmål angår virkningerne af ugyldigheden i artikel 85, stk. 2: har ugyldigheden virkning, så længe der ikke er givet tilladelse efter artikel 85, stk. 3 — det ville være i bedre overensstemmelse med traktatteksten at sige: så længe forbudet efter artikel 85, stk. 1 ikke er »erklæret uanvendeligt« under de i stk. 3 nævnte forudsætninger.

Disse to spørgsmål bør besvares og det i øvrigt under hensyntagen til bestemmelserne i den nugældende gennemførelsesforordning. Den vedrører nemlig kompetence- og procesregler, som finder anvendelse straks, selv på verserende og endnu ikke pådømte sager.

Det er derimod meget mere tvivlsomt, om De skal svare på et tredje spørgsmål, der er rejst under forhandlingerne, nemlig om eksportfor-

budsklausulerne falder ind under forbudet i artikel 85, stk. 1, og især om de »kan påvirke handelen mellem medlemsstater«. Det er mere tvivlsomt af to grunde: for det første fordi spørgsmålet er stillet i forelæggelsesdommens konklusion i en — som bekendt — helt konkret form og i modsætning til de andre spørgsmål ikke forekommer i præmisserne; for det andet fordi det er tvivlsomt, om man overhovedet kan give et rent abstrakt svar herpå i form af en fortolkning af traktaten. Jeg vil dog gøre et forsøg herpå, idet det er den eneste måde, hvorpå man kan blive klar over, om man på dette punkt kan sondre mellem abstrakt fortolkning og konkret anvendelse af traktaten.

Endelig er der tvivl om, hvorvidt et sidste spørgsmål er rejst ved forelæggelsesdommen, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt tysk ret finder anvendelse. I denne henseende forekommer det mig utvivlsomt, at Domstolen er inkompetent, hvad enten det drejer sig om selve anvendelsen af tysk ret eller om, hvorvidt den kan finde anvendelse på de foreliggende faktiske omstændigheder, dvs. et problem om lovkonflikt. Der synes ikke at opstå noget spørgsmål om fortolkning af traktaten på dette punkt.

C — Hvilke svar bør der gives?

1. Er bestemmelserne i artikel 85 ff, i det mindste på nuværende tidspunkt, umiddelbart anvendelige på medlemsstaternes statsborgere?

Der er som bekendt rejst to indsigelser mod opfattelsen om den umiddelbare anvendelighed; den første går ud på, at traktatens antikartelbestemmelser først kan anvendes, når fællesmarkedet er blevet virkeliggjort, hvilket endnu ikke er tilfældet, eftersom de fastsatte etaper til trods for visse »accelerationer« endnu langt fra er gennemløbet. Denne opfattelse må nævnes, fordi den i den foreliggende sag støttes af retten i Rotterdam.

Den kan efter min mening ikke anerkendes: anvendelsen af artiklerne 85 ff er en af de nødvendige — og en af de vigtigste — forudsætninger for den gradvise oprettelse af fællesmarkedet og ikke blot en af de måder, hvorpå dets virksomhed fremtræder. Endvidere er traktatens bestemmelser utvetydige på dette punkt. Det eneste problem angår — eller rettere angik — overgangsperioden, dvs. perioden fra traktatens ikrafttræden til offentliggørelsen af den første gennemførelsesforordning; det drejede sig om et i national ret velkendt, rent teknisk juridisk problem, nemlig om en lov (in casu-traktaten) finder anvendelse, før de til dens gennemførelse bestemte forordninger er udstedt. Dette problem er nu forældet: fællesskabslovgivningen finder anvendelse i sin helhed fra forordningens offentliggørelse, selvfølgelig under hensyntagen til forordningens overgangsbestemmelser. Den første indvending savner således grundlag, og den anden er blevet uden genstand.

Hvad Nederlandene angår, er en for dette land særegen hindring ligeledes forsvundet. Denne hindring var en følge af lov af 5. december 1957, som gjorde gennemførelsen af artiklerne 85 og 86 afhængig af de kompetente myndigheders forudgående mellemkomst inden for rammerne af den nationale lovgivning. Denne lovs § 2 bestemmer nemlig:

»Den ophæves uden videre på tidspunktet for ikrafttrædelsen af de bestemmelser, der skal vedtages i medfør af artikel 87«.

Dette er sket.

2. Har den følge — »ingen retsvirkning« —, som er fastsat i artikel 85, stk. 2 for de i medfør af stk. 1 forbudte karteller, virkning, så længe der ikke er givet »fritagelse fra forbudet« efter stk. 3?

Jeg har allerede haft lejlighed til at påpege, at traktaten ikke tillægger Domstolen nogen speciel kompetence på området. Domstolen udøver kun sine sædvanlige beføjelser til kontrol af lovligheden af det udøvende organs beslutninger. I det omfang artikel 85, stk. 1 finder anvendelse, er de nationale retter altså kompetente til at træffe afgørelse om kartellernes gyldighed i relation til stk. 1 og til at drage konsekvenserne af den ugyldighed, som knytter sig til de forbudte aftaler. Forordningens artikel 1 henviser i øvrigt til, at forbudet i artikel 85, stk. 1 gælder,

»uden at der hertil kræves nogen forudgående afgørelse«.

Da traktaten gennem ratifikationen er inkorporeret i den nationale lovgivning, skal de nationale retter anvende den, medmindre modstående bestemmelser gør fællesskabsmyndighederne kompetente. Sådanne bestemmelser findes imidlertid ikke i traktaten.

Men de findes derimod i forordningen.

Den første fremgår af artikel 9, stk. 1 og angår fritagelse fra forbudet i artikel 85, stk. 3:

»Med forbehold af Domstolens adgang til prøvelse af beslutningerne *er det alene Kommissionen, som har beføjelse* til i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, at erklære bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, uanvendelige«,

På dette punkt er retsstillingen klar: at Kommissionen er tillagt en enekompetence medfører nødvendigvis, at de nationale retter er inkompetente. Denne ordning ligger i øvrigt med sikkerhed inden for grænserne af den meget vide beføjelse efter artikel 87 til at udstede forordninger.

Forordningen skaber derimod ingen enekompetence med hensyn til anvendelsen af artikel 85, stk. 1. Dette forårsager to grupper af vanskeligheder. Den ene skyldes, at der på dette punkt foreligger *konkurrerende kompetencer,* den anden den åbenbare, *nære sammenhæng,* der er mellem anvendelsen af stk. 1 og stk. 3 i artikel 85 for ikke at tale om artikel 86 vedrørende de dominerende stillinger.

a) *Vanskeligheder, der skyldes eksistensen af konkurrerende kompetencer.* Jeg har allerede nævnt, at forordningen gav Kommissionen tre beføjelser: til at udstede negativattester vedrørende artikel 85, stk. 1 eller artikel 86, til at fastslå, om der foreligger overtrædelser af artikel 85 eller artikel 86, og til at træffe afgørelse om anvendelsen af artikel 85, stk. 3.

Lad mig se bort fra sidstnævnte beføjelse, som angår det netop omtalte enekompetencespørgsmål.

Hvad negativattesterne angår, lader bestemmelsens formulering (»Kommissionen kan .... fastslå, at der ikke efter de forhold, Kommissionen har kendskab til, findes anledning til i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 at skride ind mod en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis«) forstå, at udstedelsen af en negativattest ikke hindrer, at de nationale retter udøver kompetencen til at træffe afgørelse om en aftales forenelighed med artikel 85, stk. 1 (eller om hvorvidt der i henseende til artikel 86 foreligger en dominerende stilling).

Hvad angår beføjelsen til at fastslå, om der foreligger en overtrædelse, drejer det sig virkelig om en konkurrerende kompetence, som risikerer at føre til modstridende afgørelser ved en national retsinstans og Kommissionen (eller i givet fald ved Domstolen, når der for denne er anlagt sag mod en kommissionsbeslutning).

I forordningen har man ganske vist med følgende bestemmelse, som findes i artikel 9, stk. 3, søgt at undgå sådanne konsekvenser:

»Så længe Kommissionen *ikke har indledt nogen procedure* i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6, forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente til i henhold til traktatens artikel 88 at bringe bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86, i anvendelse, selv om de i artikel 5, stk. 1, og artikel 7, stk. 2, fastsatte tidsfrister for anmeldelsen endnu ikke er udløbet«.

Kan man *modsætningsvis* slutte fra denne bestemmelse, at »medlemsstaternes myndigheder«, *herunder deres domsmyndigheder,* ikke mere er kompetente, så snart Kommissionen »har indledt en procedure i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6«? Dette er ganske afgjort tilfældet hvad angår artikel 6, som vedrører spørgsmålet om enekompetence med hensyn til anvendelsen af artikel 85, stk. 3. Det er efter min mening ikke tilfældet, hvad angår artikel 2 med hensyn til »negativattesten«. Det er meget ønskeligt men temmelig tvivlsomt, hvad angår artikel 3 om konstateringen af overtrædelserne. I hvert fald må man tillade den nationale ret, for hvilken der er indbragt et spørgsmål om anvendelsen af artikel 85, stk. 1 eller artikel 86, at udsætte sagen, hvis den erfarer, at Kommissionen, som måske netop i kraft af den for denne ret verserende sag er blevet opmærksom på tilfældet, på sin side har besluttet at indlede en af de i forordningens artikel 9, stk. 3 nævnte procedurer. Udstedelsen eller afslaget på udstedelsen af en negativattest vil indgå som et vigtigt element i rettens skøn. En beslutning om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, må, især hvis den har været genstand for en dom fra denne

Domstol, være bindende for retten, retligt, såfremt man i et sådant tilfælde anerkender dommens retskraft, og i det mindste moralsk. Jeg tror i øvrigt ikke, at det er nødvendigt at afgøre dette spørgsmål i den foreliggende sag.

b) *Vanskeligheder, der skyldes den nære sammenhæng mellem stk. 1 og stk. 3 i artikel 85.* Vi støder her på den væsentlige mangel ved den ordning, der er indført ved traktatens artikler 85 ff, nemlig kontrolsystemets manglende tilpasning til de materielle retsforskrifter.

På den ene side hviler nemlig de materielle retsforskrifter på den åbenbare, nære sammenhæng mellem reglerne i artikel 85, stk. 1, der nærmere bestemmer karakteren af de forbudte aftaler, og reglerne i artikel 85, stk. 3, som nærmere bestemmer de betingelser, under hvilke der kan gives fritagelse fra forbudet. Det er tilstrækkeligt at læse de to sidste afsnit, a og b, i stk. 3 for at forvisse sig herom. Logisk set skulle de samme myndigheder eller de samme retter under én og samme procedure være kompetente til med henblik på én og samme aftale at træffe afgørelse såvel om dennes forenelighed med bestemmelserne i stk. 1 som om, hvorvidt forbudet skulle »erklæres uanvendeligt på grundlag af stk. 3«.

Selve ordlyden af artikel 88, som erklærer, at den nationale lovgivning i overgangsperioden finder anvendelse sideløbende med de traktatbestemmelser, der er indeholdt i artiklerne 85 og 86, beviser i øvrigt, at denne nære sammenhæng foreligger, og at traktatens forfattere var sig dette bevidst, eftersom bestemmelsen fremhæver nødvendigheden af ved denne sideløbende anvendelse *navnlig* at tage hensyn til *stk. 3* i artikel 85. Det ville desuden have været i modstrid med det helt elementære krav om rimelighed at tillade anvendelse af forbudet i stk. 1 med den sanktion, ugyldighed eo ipso, som knytter sig til det, og med alle de konsekvenser, som retterne havde kunnet og endog skullet drage heraf, uden at virksomhederne havde haft mulighed for at påberåbe sig bestemmelserne i stk. 3.

Af denne grund forekom den såkaldte »legale undtagelsesteori«, som det franske system bygger på, endda allerede i overgangsperioden at være udmærket afpasset efter de krav, der følger af traktatens anvendelse. Denne teori forudsætter nemlig, at den samme myndighed, eller eventuelt den samme ret, foretager en samtidig prøvelse af princippet om forbud og af den eventuelle fritagelse herfra. I så fald er der ingen vanskelighed med at gennemføre de virkninger, som følger af ugyldigheden eo ipso.

Derfor var denne teori efter min opfattelse også den eneste, der kunne begrunde den umiddelbare anvendelse af artikel 85 i de lande, som endnu ikke havde nogen antikartellovgivning. De almindelige domsmyndigheder var naturligvis lige så kompetente til at anvende stk. 3 som stk. 1.

Efter den modsatte teori, som til anvendelsen af stk. 3 kræver en beslutning med konstitutiv virkning - en teori, som frem for alt er blevet hævdet i Tyskland, og som Kommissionen altid har fastholdt — er det indlysende, at den umiddelbare anvendelse af artikel 85 var umulig, så længe en kvalificeret, national myndighed ikke var beføjet til at vedtage de efter denne teori påkrævede beslutninger til gennemførelse af stk. 3. Dette erkender den tyske regering udtrykkeligt i afsnit IV i sit indlæg:

»Efter traktatens artikel 88 er anvendelsen af artikel 85, stk. 3 midlertidigt tillagt myndighederne i Det europæiske økonomiske Fællesskabs medlemsstater. Det er som følge heraf hver enkelt medlemsstats nationale ret, som bestemmer, hvilke myndigheder der er kompetente i denne henseende«.

Det tilkom således myndighederne i de stater, som ikke havde nogen herhenhørende lovgivning, at udstede de nødvendige forskrifter. Men når dette ikke var sket, kunne der — stadig ifølge denne teori — ikke længere blive tale om at anvende artikel 85 i disse stater i overgangsperioden, da man, som nævnt, ikke kan forestille sig en anvendelse af stk. 1 uden mulighed for en tilsvarende anvendelse af stk. 3. Nogle har endog hævdet, at den omstændighed, at traktaten ikke kunne anvendes i visse medlemsstater, fordi disse ikke havde nogen egnet regulering, hindrede dens anvendelse i hele Fællesskabet. Det er efter min mening at gå for vidt. Det var i overensstemmelse med traktatens ånd, at denne begyndte at træde i kraft, hvor det var muligt, samtidig med den nationale lovgivning.

På nuværende tidspunkt er diskussionen afsluttet, eftersom forordningen retligt har aner-

kendt den anden teori, som man i øvrigt må erkende synes at være i bedre overensstemmelse med formuleringen i stk. 3 end den første:

»Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på enhver aftale osv.«

Den legale undtagelsesteori ville have krævet en anden formulering såsom:

»Bestemmelserne i stk. 1 anses for uanvendelige« eller simpelthen »finder ikke anvendelse«. Under disse omstændigheder kan der ikke være tale om at hævde, at forordningen skulle være ulovlig som stridende mod traktaten på dette punkt: at erklære en sådan forordning ulovlig ville være så alvorlig en sag, at Domstolen efter min mening ikke burde gøre det, medmindre ulovligheden var utvivlsom, hvilket langt fra er tilfældet.

Den modsigelse, som jeg har omtalt, vedbliver dog i så fald at bestå, fordi enekompetencen, i modsætning til hvad der gælder i EKSF-traktaten (artikel 65), kun er indrømmet med henblik på fritagelsen fra forbudet og ikke med henblik på den konstatering af uforeneligheden, som medfører ugyldighed eo ipso.

Af denne grund indeholder forordningen en hel række bestemmelser, som skal sikre, at både artikel 85 i sin helhed og artikel 86 anvendes så afbalanceret som muligt. Det vigtigste i systemet er, at de virksomheder, som ønsker at få en »uanvendelighedserklæring« efter artikel 85, stk. 3, har pligt til at anmelde deres aftaler til Kommissionen, som kan lade en gunstig beslutning få virkning tilbage til anmeldelsesdagen (artikel 4, stk. 1 og artikel 6, stk. 1). Denne »anmeldelse« ligner i øvrigt stærkt en anmodning om tilladelse, og »uanvendelighedserklæringen« ligner en tilladelse (»bestemmelserne i stk. 1 *kan* erklæres uanvendelige«). Trods forskellig ordlyd er systemet synligt inspireret af EKSF-traktatens artikel 65, stk. 2.

I dette system (jeg har indtil nu kun talt om den endelige ordning for de aftaler, som er indgået efter forordningens ikrafttræden, og om ordningen i den almindelige ret; der findes som bekendt en overgangsordning, og der findes også en mere smidig favørordning for visse kategorier af aftaler) — synes ligevægten således at være sikret på korrekt vis.

Ugyldigheden af en aftale, som strider mod artikel 85, stk. 1, kan stadig gøres gældende for de nationale retter, og selv om en »anmeldelse« har fundet sted under sagen, kan retten træffe afgørelse og i givet fald drage konsekvenserne af den ugyldighed, der uden videre knytter sig til en aftale,, som den finder stridende mod artikel 85, stk. 1, i det mindste for så vidt angår perioden forud for anmeldelsen, eftersom det jo er sikkert, at en senere »uanvendelighedserklæring« i hvert fald ikke vil kunne have tilbagevirkende kraft ud over dette tidspunkt. Samme ret vil derimod, når den skal tage stilling til virkningerne af ugyldigheden eo ipso for tiden efter anmeldelsen, gøre klogt i at afvente resultatet af proceduren for Kommissionen. Er den retligt forpligtet hertil? I mangel af en udtrykkelig bestemmelse herom synes jeg ikke, at man kan antage dette. Navnlig forordningens artikel 9, stk. 3, som jeg allerede har citeret, tillader ikke denne antagelse. Det kan desuden synes hensigtsmæssigt i et tilfælde af denne art at overlade spørgsmålet til dommernes skøn, idet der kan tænkes at forekomme sager, hvor det er åbenbart, at bestemmelserne i stk. 3 ikke finder anvendelse, og at den »anmeldelse«, som er foretaget efter, at man er blevet klar over de faktiske omstændigheder, og sagen er rejst for retten, kun skal tjene til sagens forhaling. Ud fra et retligt synspunkt ville der snarere opstå en virkelig ulempe i det tilfælde, hvor retten antog, at en aftale var uforenelig med artikel 85, stk. 1, mens Kommissionen (eller i givet fald Domstolen) ved en senere afgørelse herom var af en anden mening, og som følge heraf fandt en »uanvendelighedserklæring« i medfør af stk. 3 for genstandsløs og derfor umulig at udstede; men dette er en uundgåelig konsekvens af, at der foreligger konkurrerende kompetencer.

Hvad angår de aftaler, som falder ind under favørordningen i artikel 4, stk. 2, er det ligeledes ønskeligt, at den nationale dommer udviser særlig forsigtighed i det tilfælde, hvor disse aftaler er anmeldt til Kommissionen: en uanvendelighedserklæring fra Kommissionen i medfør af artikel 85, stk. 3 kan nemlig for disse aftaler få virkning tilbage til en dato, som Kommissionen frit kan fastsætte, og som kan ligge forud for anmeldelsen (forordningens artikel 6, stk. 2).

Endelig er der tilbage de aftaler, som består på datoen for forordningens ikrafttræden, og som er genstand for særlige bestemmelser i forordningens artikler 5 og 7. Såfremt disse aftaler er anmeldt inden 1. august 1962 (eller inden 1. januar 1964 for så vidt angår de aftaler, som falder ind under favørordningen), *»gælder forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1, kun i det tidsrum, Kommissionen fastsætter,* såfremt virksomhederne enten bringer dem til ophør »eller ændrer dem, således at de ikke længere falder ind under forbudet i traktatens artikel 85, stk. 1, eller således at de opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3«. Det betyder, at Kommissionens beslutning kan medføre, at forbudet slet ikke får nogen tilbagevirkende kraft, dvs. at aftalen fuldstændigt bevarer sine virkninger for tiden forud for beslutningen, ja endog for fremtiden, hvis Kommissionen giver de pågældende en frist til at bringe forholdene i orden. I så fald vil virkningerne af ugyldigheden eo ipso, som ifølge sin natur har tilbagevirkende kraft (ex tunc), være fuldstændig lammet.

Heller ikke her forpligter nogen bestemmelse i traktaten eller forordningen retten til at udsætte sagen, selv om anmeldelsen allerede har fundet sted eller foretages under sagen. Det siger dog sig selv, at de nationale retter i så fald må udvise den største forsigtighed i betragtning af de konsekvenser, en senere gunstig beslutning fra Kommissionen kan få. I givet fald må de nationale domsmyndigheder imidlertid også tage hensyn til følgende bestemmelse i forordningen (artikel 7, stk. 1, *in fine*):

»En af Kommissionen i medfør af 1. pkt. (som giver den beføjelse til at fastsætte det tidsrum, i hvilket forbudet gælder) truffet beslutning kan ikke gøres gældende over for virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, som ikke udtrykkeligt har givet deres samtykke til anmeldelsen«.

Således må man efter min opfattelse betragte forholdet mellem de nationale domsmyndigheders og Kommissionens kompetence med hensyn til anvendelsen af artikel 85, stk. 1 og 2 og Kommissionens enekompetence med hensyn til anvendelsen af artikel 85, stk. 3. Resultatet er givet ikke helt tilfredsstillende, men det er en konsekvens af det dobbelte retlige kompromis, der ligger til grund for traktaten, sådan som jeg har fortolket den: 1. et kompromis mellem »den legale undtagelsesteori«, som er den eneste, der kan forenes fuldt ud med retsfølgen »ingen retsvirkning i artikel 85, stk. 2, og teorien om »den konstitutive virkning«, der logisk, som i den tyske ordning, må medføre en beføjelse for kartelmyndighederne til at »erklære« de lovstridige aftaler for »uvirksomme« (»declarer inefficaces«, »für unwirksam erklären«), hvilket er et ganske andet begreb end retsfølgen »ingen retsvirkning«; 2. et kompromis vedrørende den kompetence, som såvel traktaten ikke har givet regler for, og som man i forordningen som i EKSF-traktaten ikke har villet eller ment ikke at kunne overlade udelukkende til Fællesskabets myndigheder og Domstol.

I forordningen har man gjort sig de største anstrengelser for så vidt muligt at mindske de vanskeligheder, der er affødt af dette dobbeltkompromis. Jeg tror, at løsningen af de bestående vanskeligheder i meget vidt omfang vil lettes, hvis der som på området for de præjudicielle spørgsmål kan skabes en ægte samarbejdsånd mellem de nationale retter og fællesskabsmyndighederne. Denne samarbejdsånd er, som vi alle ved, en væsentlig forudsætning for Rom-traktatens succes. Traktaten appellerer selv hvert øjeblik hertil i sin tekst. Jeg tvivler ikke på, at den vil manifestere sig på det retlige område, ganske som den allerede har manifesteret sig på det politiske, økonomiske og sociale område, lige så vel i de offentlige som i de private forhold. Uden den kan man ikke forestille sig, at Fællesskabet kan leve.

3. Er eksportforbudsklausuler forbudte efter artikel 85, stk. 1?

Jeg vil med de forbehold, jeg allerede har taget, og så kort som muligt behandle dette spørgsmål, idet jeg omhyggeligt vil undgå en sådan stillingtagen til det konkrete tilfælde, som unddrager sig Domstolens kompetence inden for rammerne af den foreliggende sag.

Som et punkt, der i øvrigt ikke ses at være bestridt under sagen, må det først anføres, at artikel 85 utvivlsomt omhandler såvel de »vertikale« som de »horisontale« aftaler, dvs. såvel aftaler der er indgået udelukkende i sælgers interesse, som aftaler der er indgået mellem flere

sælgere eller fabrikanter i fælles interesse. Jeg henviser i denne henseende til 1. afsnit i den tyske regerings indlæg, som forekommer mig overbevisende. I den meget fuldstændige og detaljerede tyske lovgivning omhandles de vertikale aftaler nok af loven, men der gælder en mere liberal særordning for disse. I EØF-traktatens retssystem forekommer der ikke en sådan ordning, men det giver sig selv, at der, når der er tale om at begunstige dem efter stk. 3, må tages hensyn til disse aftalers særlige karakter og deres indflydelse på konkurrencen.

Hvad angår aftaler, der indeholder eksportforbud, synes forordningen nok at anse dem for omfattet af forbudet i artikel 85, hvis man henholder sig til artikel 4, stk. 2, som indfører en favørordning for »aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, såfremt der heri kun deltager virksomheder fra en medlemsstat, og de pågældende aftaler, vedtagelser eller former for samordnet praksis *ikke vedrører indførsel eller udførsel mellem medlemsstater*«. Dette synes at være i god overensstemmelse med traktaten, eftersom denne jo opretter et fællesmarked, hvis første forudsætning er ophævelsen af hindringerne for samhandelen mellem de deltagende stater.

Det forekommer imidlertid vanskeligt at bedømme spørgsmålet uafhængigt af de andre aftaleklausuler, f.eks. i det konkrete tilfælde de klausuler, hvorved salget på det indenlandske marked principielt forbeholdes de aftagere, der forpligter sig til ikke at eksportere, og endvidere klausulen om den ret til eneforhandling af varen i udlandet, der indrømmes visse aftagere, f.eks. van Rijn for Nederlandene. Det drejer sig her om en hel distributionsorganisation. Men så går vi nødvendigvis ind på det konkrete tilfælde og overskrider vor kompetence.

Et andet punkt, som derimod har været genstand for drøftelser under sagen, angår fortolkningen af sætningsleddet

»der kan påvirke handelen mellem medlemsstater«.

Bosch hævdede, at dets distributionssystem kun kunne bidrage til at fremme handelen med køleskabe mellem medlemsstaterne og som følge heraf ikke kunne »påvirke« denne handel. Her rejses et abstrakt spørgsmål om fortolkning af traktaten, nemlig hvilken betydning, der skal lægges i udtrykket »påvirke« (»affecter«). Det er sikkert, at ordet på fransk betyder det samme som »have indflydelse på«, »have indvirkning på«. Denne indvirkning kan være gavnlig eller skadelig. Ordet har ikke nødvendigvis en nedsættende betydning.

Men der er temmelig mærkbare betydningsforskelle mellem de udtryk, der benyttes på de fire sprog: det italienske »pregiudicare« er formentlig ikke mere nedsættende end »affecter«; det synes det tyske udtryk »beeinträchtigen« i højere grad at være; i den nederlandske tekst finder vi udtrykket »ongunstig beinvloeden«, hvilket betyder at udøve en ugunstig indflydelse. Men som bekendt har de fire sprog samme gyldighed, hvilket helt nøjagtigt er ensbetydende med, at ingen af dem har gyldighed. . . .

Under disse omstændigheder må man, ganske som man i tilfælde af uklarhed eller modsigelse gør det ved fortolkningen af nationale regler, henholde sig til »konteksten« eller tekstens »ånd«.

Jeg er for min del meget fristet til også her at følge forbundsregeringens opfattelse, således som den er fremstillet i afsnit VI-2 (side 17-19 i den franske oversættelse), hvor vi læser følgende:

»En sproglig fortolkning skaber således ikke den klarhed, som man imidlertid kan opnå ud fra meningen i og formålet med artikel 85. Denne bestemmelse hviler på princippet i traktatens artikel 3, litra f, hvorefter Fællesskabet skal indføre et system, som inden for fællesmarkedet beskytter konkurrencen mod fordrejninger (gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes). Artikel 85 har således til formål at beskytte den fri konkurrence. Dette princip krænkes eller (hvad der efter artikel 85 er tilstrækkeligt) bringes i det mindste i fare, såfremt en konkurrencebegrænsning efter artikel 85 leder varebevægelserne bort fra deres normale og naturlige veje, fordi en forøgelse af strømmen i en retning uundgåeligt vil medføre en ugunstig indflydelse på strømmen i den modsatte retning. Derfor er selv en uanselig indflydelse på de økonomiske bevægelser en påvirkning i artikel 85, stk. 1's forstand.

Bestemmelsen er ej heller betinget af, at en begrænsning af konkurrencen faktisk påvirker handelen mellem medlemsstaterne, men forudsætter blot, at den »kan« udgøre en påvirkning. Men enhver begrænsning af konkurrencen, hvis virkninger ikke er helt uden betydning for handelen mellem medlemsstaterne, kan skabe en ugunstig indflydelse.

Følgelig kan man ved undersøgelsen af spørgsmålet, om en begrænsning af konkurrencen inden for fællesmarkedet kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke gøre svaret afhængigt af nogle »skadelige« eller »gunstige« virkninger for handelsbevægelserne, eftersom »gunstige« virkninger altid ledsages af »skadelige« virkninger. *Kun ud fra konteksten i* EØF-traktatens *artikel 85, stk. 3* vil det kunne bedømmes, om de gunstige virkninger er så overvejende, at en ikkeanvendelse af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 er begrundet.

I øvrigt er det stadig omtvistet, om enhver begrænsning af konkurrencen, som berører de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne, lige meget hvor ubetydelig den måtte være, kan udgøre en påvirkning af den mellemstatslige handel, eller om denne forudsætning kun er til stede, såfremt den begrænsende virkning når et vist omfang. På spørgsmålet om, hvorvidt der må stilles et sådant kvantitativt krav, må der dog gives et bekræftende svar. Det fremgår ganske vist ikke af indholdet af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, at der kun består en risiko for at påvirke den mellemstatslige handel, såfremt konkurrencebegrænsningen angår en væsentlig del af det faktiske eller mulige handelsomfang. En konkurrencebegrænsning vil imidlertid kun kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, når dens indflydelse på markedsforholdene er af en vis betydning«.

Jeg synes, denne opfattelse er udtryk for en fornuftig fortolkning af udtrykket »der kan påvirke handelen mellem medlemsstater« i artikel 85, stk. 1. Fortolkningen kan gives abstrakt, uafhængigt af enhver bedømmelse af det konkrete tilfælde.

Alligevel tør jeg ikke foreslå, at De giver den således, for spørgsmålet er, som jeg allerede har bemærket, ikke stillet i forelæggelsesdommen.

De øvrige spørgsmål om fortolkning af artikel 85, som sagen kunne rejse, kan ikke adskilles fra behandlingen af det konkrete tilfælde og er endvidere ikke genstand for en anmodning fra appelretten i Haag.

III — Forslag til afgørelse

På grundlag af de bemærkninger, jeg har fremført, foreslår jeg, at EØF-traktatens artikel 85 fortolkes som følger:

1. Bestemmelserne i traktatens artikel 85 er fuldstændigt og umiddelbart anvendelige i medlemsstaterne, i det mindste efter ikraftsættelsen af den i medfør af artikel 87 udstedte gennemførelsesforordning.
2. Den følge — »ingen retsvirkning« —, der er fastsat i artikel 85, stk. 2 for de aftaler og vedtagelser, der i medfør af samme artikels stk. 1 er forbudt, har virkning, så længe bestemmelserne i dette stykke ikke er erklæret uanvendelige af Kommissionen, som i denne henseende i medfør af forordningens artikel 9 og med forbehold af Domstolens adgang til at efterprøve beslutninger er tillagt en enekompetence, eller så længe Kommissionen ikke har gjort brug af de beføjelser, den har ifølge forordningens artikel 7 hvad angår aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som består på forordningens ikrafttrædelsesdato.

— Det foreslås, at Domstolen erklærer sig inkompetent til at træffe afgørelse om det øvrige indhold af anmodningen fra appelretten i Haag.