stemte varer udelukkende af denne, og som ikke opfylder betingelserne i artikel 3 i Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF, omfattes af denne forordnings fritagelse for kategorier, for så vidt de uden fritagelse ville blive ramt af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Kutscher Donner Pescatore Mertens de Wilmars Sørensen

Mackenzie Stuart O'Keeffe Bosco Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 1. februar 1977.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 7. DECEMBER 1976 [1]

Høje Ret.

Nærværende sag rejser på ny spørgsmålet om bedømmelsen af de såkaldte »bryggeri«-aftaler i forhold til artikel 85 (stk. 1) og om forholdet mellem fællesskabsmyndigheder og nationale domstole ved anvendelsen af den pågældende artikel på disse aftaler.

De faktiske omstændigheder:

Den 7. april 1966 indgik bryggeriet Concordia, Geraardsbergen (Belgien), en aftale med et beværterægtepar, hvorefter bryggeriet ydede disse et lån på 300 000 FB til 5 % pro anno, der skulle tilbagebetales over 10 år. Beværterne forpligtede sig til gengæld fra den 1. maj 1966 at regne og for et tidsrum af 25 år til ikke i deres virksomhed at sælge andre drikkevarer end de af bryggeriet fremstillede eller leverede. Endvidere forpligtede de sig til ved overdragelse af deres forretning at overføre denne forpligtelse til deres efterfølgere. Det må bemærkes, at selv om det lån, der blev ydet for at påtage sig forpligtelsen, indfriedes fuldstændig, skulle forpligtelsen til ikke-konkurrence gælde indtil den 1. maj 1991, selv om der i så fald strengt taget ikke længere var nogen modydelse fra bryggeriet, bortset fra forpligtelsen til at levere til beværtningen.

Forretningen blev den 9. februar 1973 overdraget til ægtefællerne De Norre. Uagtet de fuldt ud havde overtaget de oprindelige indehaveres forpligtelser, solgte

1 — Oversat fra fransk.

de nye beværtningsindehavere andre drikkevarer end bryggeriets. I den anledning anlagde sidstnævnte sag ved underretten i Qudenaarde, som ved dom (mellemdom) af 18. oktober 1973 dømte dem, uden dog at fratage anken suspensiv virkning, til at betale selskabet Concordia et beløb på 25 000 FB i erstatning, idet den endelige fastsættelse af erstatningsbeløbet udsattes.

Under anken har ægtefællerne De Norre navnlig gjort gældende, at den omstridte og af bryggeriet påberåbte aftale er forbudt og ugyldig efter EØF-traktatens artikel 85. Under disse omstændigheder har appelretten i Gent ved mellemdom af 26. maj 1976 besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen en række spørgsmål, jeg nærmere skal omtale.

Det må erindres, at i belgisk ret skal der ved »bryggeriaftale« forstås en aftale, hvorved der tillægges et bryggeri eller en ølforhandler eneret til levering af en eller flere eller samtlige drikkevarer, der sælges eller udbydes til salg i en beværtning. Det må ligeledes erindres, at denne slags aftaler i Belgien har været genstand for regulering, først i kongelig anordning af 28. november 1961, der siden regelmæssigt er blevet forlænget med visse ændringer, sidste gang ved kongelig anordning af 29. december 1972.

Disse anordninger imødekommer efter deres egne ord et forslag vedrørende bryggeriaftaler, der er stillet i henhold til kongelig anordning nr. 62 af 3. januar 1935 om fastsættelsen af erhvervsretlige regler i fremstillings- og omsætningsledet. Disse regler er hver gang fastsat efter forslag fra et »uomtvisteligt« flertal af bryggerier, forhandlere og beværtningsindehavere, forslag, der ikke har mødt »nogen som helst« modstand. Reglerne indebærer, at et vist antal standardforpligtelser, som medlemmerne af faglige foreninger eller sammenslutninger i fremstillings- og omsætningsleddet »frivilligt« har påtaget sig, udstrækkes indtil en bestemt dato til at gælde samtlige de pågældende virksomheder.

Det er ikke Domstolens opgave at bedømme den pågældende bryggeriaftale. Men for at give den forelæggende ret et brugbart svar og for nærmere at forstå de stillede spørgsmål må det være mig tilladt at anføre, at det efter sædvanlig terminologi drejer sig om en »ny« aftale, da den er indgået efter den 13. marts 1962, at kun virksomheder hjemmehørende i en enkelt medlemsstat deltager i aftalen, og at aftalen hverken vedrører indførsel eller udførsel i egentlig forstand mellem medlemsstater. Aftalen var følgelig fritaget for anmeldelse, og den er heller ikke blevet anmeldt til Kommissionen. Aftalen har i øvrigt hverken været genstand for en »klage« til Kommissionen fra de berørte beværtningsindehaveres side i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 eller for en anmodning om negativattest i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 eller for en begæring om individuel fritagelse (i henhold til artikel 85, stk. 3) eller endelig for en procedure, indledt af Kommissionen af egen drift i henhold til artikel 85, stk. 1. Kommissionen besluttede dog den 9. oktober 1969 at foranstalte en almindelig undersøgelse inden for bryggerisektoren (i overensstemmelse med artikel 12 i Rådets forordning nr. 17/62; JO C 148 af 19. 11. 1969, s. 3) [1] og den 18. juni 1971 rettede Kommissionen tre individuelle beslutninger til to franske bryggerier og til et belgisk bryggeri med anmodning om oplysninger i medfør af artikel 11, stk. 3 i forordning nr. 17, bl.a. vedrørende »aftaler vedrørende leveringsforpligtelser af øl« indgået af de pågældende bryggerier (JO L 161 af 19. 7. 1971, s. 2 til 17) [1]

Domstolen har allerede ved flere lejligheder udtalt sig om, under hvilke betingelser kontraktens konkurrencebestemmelser er anvendelige på sådanne aftaler.

Uden dog så at sige at edb-behandle Domstolens praksis i denne henseende, skal jeg først omtale det væsentlige i denne praksis, i hvert fald for så vidt denne er relevant og anvendelig i et til-

1 – Foreligger ikke på dansk.

fælde som det foreliggende, og jeg vil herved gå frem kronologisk.

Efter Domstolens dom af 12. december 1967, sag 23/67, de Haecht (Sml. 1965-1968, s. 421 ff) er aftaler, hvorved en virksomhed binder sig til alene at forsyne sig hos en bestemt anden virksomhed under udelukkelse af alle andre (nemlig bryggeriaftaler), når disse aftaler, enten enkeltvis eller samtidigt med *andre,* er i stand til at påvirke handelen mellem medlemsstater og når de har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen, uforenelige med fællesmarkedet, jf. traktatens artikel 85, stk. 1.

Det må altså på grundlag af en række objektive, retlige eller faktiske omstændigheder undersøges, om aftalen eventuelt, direkte eller indirekte, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, medvirke til en opdeling af markedet eller vanskeliggøre den med traktaten tilsigtede økonomiske integration. Aftalens virkninger bør bedømmes i den økonomiske og juridiske sammenhæng, hvori den har sin plads, og hvori den *sammen med andre* medvirker til en samlet virkning på konkurrencen.

Domstolen tilføjede, at forekomsten af andre lignende kontrakter er en omstændighed, der *sammen med andre* kan danne det økonomiske og juridiske sammenhæng, hvori kontrakten bør bedømmes, og at aftalen ved bedømmelsen heraf altså ikke kan isoleres fra *alle øvrige,* blandt hvilke den har sin plads.

Denne dom forekommer mig at være i overensstemmelse med Domstolens dom af 30. juni 1966, Technique miniere, navnlig præmisserne på s. 216 i Samlingen 1965-68 og domskonklusionen.

Dernæst har Domstolen på spørgsmålet, om »en ølleveringskontrakt, *indgået før den 13. marts 1962* mellem to virksomheder i en medlemsstat, vedrører indførsel og udførsel mellem medlemsstater i betydningen af forordning nr. 17, artikel 4, stk. 2«, og om »en sådan aftale skal anmeldes til Kommissionen i betydningen af forordning nr. 17, artiklerne 5, stk. 1 og 2, og 4, stk. 2, nr. 1«, i dom af 18. marts 1970, sag 43/69, Bilger (Recueil s. 135 ff) udtalt, at »selv om en sådan kontrakt set i *sammenhæng med andre* lignende kontrakter, der binder et stort antal detailhandlere til nogle nationale producenter i den samme stat, i givet fald *er i stand til at påvirke* handelen mellem medlemsstater, står det alligevel fast, at en *sådan praksis i sig selv* i henhold til ordlyden af artikel 4, stk. 2 i forordning nr. 17 er fritaget for anmeldelse, såfremt den ikke vedrører indførsel eller udførsel mellem medlemsstater«.

I domskonklusion udtales det, at en kontrakt mellem en producent og en autonom detailhandler, hvorved sidstnævnte forpligter sig til udelukkende at købe hos den nævnte i samme medlemsstat hjemmehørende producent, og hvis opfyldelse ikke nødvendiggør de pågældende varers overskridelse af landegrænser, hverken vedrører indførsel eller udførsel mellem medlemsstater i betydningen af artikel 4, stk. 2, nr. 1 i forordning nr. 17 og følgelig er fritaget for anmeldelse i medfør af de pågældende bestemmelser i forordningens artikler 4 og 5.

Angående spørgsmålet, om den nationale dommer er kompetent til med henblik på fællesskabsretten at træffe *afgørelse om ugyldigheden* af en aftale, som, selv om den henhører under artikel 85, stk. 1 i traktaten, ikke skal anmeldes og ikke er blevet dette, udtalte Domstolen, »imidlertid kan det ikke antages, at aftaler, hvad enten de er indgået før eller efter den 13. marts 1962, som i henhold til selve forordning nr. 17 er fritaget for anmeldelse, kan rammes af ugyldighed med tilbagevirkende kraft, hvis de senere skulle blive anset for faldende under artikel 85, stk. 1 og 2«. Med andre ord: »en aftale, der ikke skal anmeldes og ikke er blevet det, har fuld virkning, så længe dens ugyldighed ikke er fastslået«. Dette er den såkaldte »foreløbige gyldighed«.

Og dette er ganske i overensstemmelse med Domstolens dom Portelange af 9. juli 1969, sag 10/69 (Recueil s. 316), hvori det bl.a. udtales: »så længe det ikke udtrykkeligt er fastslået, at det konkrete tilfælde *betragtet for sig* ikke blot opfylder de i artikel 85, stk. 1 nævnte kriterier, men desuden ikke berettiger, at den i stk. 3 hjemlede undtagelse bringes i anvendelse, skal enhver behørigt anmeldt aftale (eller som er fritaget for anmeldelse, tilføjer jeg) anses for gyldig; anderledes forholder det sig kun når Kommissionen har gjort brug af artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17".

I mellemtiden, den 23. januar 1969, var en standardbryggeriaftale (indeholdende samtlige bestemmelser i de omstridte aftaler) blevet *anmeldt* til Kommissionen af bryggeriet de Haecht.

Bryggeriet anførte, at med denne anmeldelse var der indledt en procedure for Kommissionen i den i artiklerne, 2, 3 og 6 i forordning nr. 17 forudsatte betydning, således at *alene* Kommissionen i overensstemmelse med artikel 9, sk. 3 i den nævnte forordning kunne afgøre, om de omstridte aftaler var i overensstemmelse med traktaten eller ej. Bryggeriet påstod følgelig, at *indtil* en sådan afgørelse forelå, måtte aftalerne betragtes som *gyldige*.

Tribunal de Commerce de Liège, der var bekendt med Domstolens dom af 12. december 1967, var imidlertid i tvivl om, hvorvidt en procedure var „indledt", jf. artikel 9, stk. 3, og overvejede, om man ikke *yderligere* måtte forlange en positiv retsakt fra Kommissionen, hvori denne giver udtryk for en hensigt til at fortsætte proceduren.

Da sagsøgeren endvidere under påberåbelse af, at de omtvistede eneleveringsforpligtelser burde have været overholdt, ville have retten til *uden udsættelse* at afgøre sagen, forelagde retten, der ikke anså spørgsmålet for fuldt opklaret ved Domstolens dom af 12. december 1967, den 27. juni 1972 nogle nye spørgsmål, hvoraf det ene drejede sig om, hvorvidt ugyldigheden af aftaler, der er fritaget for anmeldelse, skal anses for fastslået på det tidspunkt, hvor en af parterne retmæssigt har gjort ugyldigheden gældende, eller først på tidspunktet for den kendelse eller kommissionsbeslutning, der konstaterer den.

Den dom, Domstolen afsagde den 6. februar 1973 (Sml. s. 85 ff) i denne anden Haecht-sag (48/72) indebærer efter min opfattelse følgende:

Ved siden af Kommissionens eventuelle indgriben i medfør af de i artikel 87 nævnte forordninger og direktiver er de nationale *dømmende myndigheder* i medfør af den *direkte virkning* af artikel 85, stk. 2 kompetente til at ramme de forbudte aftaler og vedtagelser ved konstatering af deres ugyldighed.

Det må således afgøres, på hvilke måder *domsmyndighedernes* anvendelse af artikel 85, stk. 2 skal kombineres med en hensyntagen til det almindelige retssikkerhedsprincip.

I så henseende må der skelnes mellem de aftaler, der eksisterede allerede før gennemførelsen af artikel 85 ved forordning nr. 17 (»gamle karteller«), og de aftaler, der er truffet efter denne dato (»nye karteller«).

Med hensyn til de førstnævnte fordrer respekten for indgåede aftaler, især når kartellet er anmeldt i overensstemmelse med forordning nr. 17, at dommeren først fastslår ugyldigheden eo ipso, efter at Kommissionen har truffet en beslutning i medfør af nævnte forordning (anmeldelsens suspensive virkning).

Med hensyn til de sidstnævnte har anmeldelser i henhold til artikel 4, stk. 1 i forordning nr. 17 (og så meget desto mere en manglende anmeldelse, vil jeg tilføje) ikke nogen suspensiv virkning: aftalen kan kun gennemføres på parternes egen risiko.

I et sådant tilfælde tilkommer det dommeren, under forbehold af den eventuelle anvendelse af artikel 177, at vurdere, *om der er grund til at udsætte sagen for at give parterne lejlighed til at opnå Kommissionens stillingtagen,* medmindre det kan fastslås, enten at kartellet ikke har følelig virkning for konkurrencen eller samhandelen mellem medlemsstaterne, eller at kartellets uforenelighed med artikel 85 er åbenbar.

Disse betragtninger angår i første række de karteller, der er underkastet anmeldelsespligten i artikel 4 (karteller, der »almindeligvis er mere skadelige«); men de gælder lige så vel for karteller, der er fritaget for anmeldelse, idet en sådan fritagelse *kun indicerer,* at de pågældende karteller almindeligvis er »mindre skadelige« for fællesmarkedets rigtige funktion. Selv om de er fritaget for anmeldelse, kan de sidstnævnte følgelig anmeldes, da de i det mindste indirekte kan angå indførsel eller udførsel mellem medlemsstaterne.

Ugyldigheden i medfør af artikel 85, stk. 1 kan angå *alle* tidligere eller fremtidige virkninger af aftalen; den har *tilbagevirkende kraft.*

Domstolens anden de Haecht-dom havde som forløber Domstolens dom Béguelin af 25. november 1971 (sag 22/71, Recueil s. 950), hvori det udtales at (s. 961, præmis nr. 26): en aftale, der omfattes af artikel 85, stk. 1, og som ikke har været genstand for nogen individuel eller samlet erklæring om uanvendelighed i henhold til stk. 3, *er ugyldig,* i det omfang dens formål eller virkninger er uforenelige med forbudet i dette stykke; (præmis nr. 29) da ugyldigheden i henhold til artikel 85, stk. 2 er af absolut karakter, har en aftale, der er ugyldig i medfør af denne bestemmelse, ingen virkning i retsforholdet mellem kontrahenterne og kan ikke gøres gældende mod tredjemand.

Samtidig blev den retspraksis om »den kumulative virkning«, der havde udviklet sig med hensyn til bryggeriaftaler, ved denne dom udstrakt til aftaler om territorial eneret, hvori kun deltager to eller flere virksomheder hjemmehørende i forskellige medlemsstater eller i en medlemsstat og i et tredjeland.

»Der bør« — ifølge Domstolens dom (Recueil s. 959, præmis nr. 13) — »ikke alene tages hensyn til de rettigheder og pligter, aftalen skaber, men også til den *økonomiske og retlige sammenhæng,* hvori aftalen har sin plads, herunder den eventuelle forekomst af *tilsvarende aftaler* indgået mellem den samme producent og forhandlere i andre medlemsstater.«

Endvidere (s. 960, præmis nr. 18), bør der ved bedømmelsen af, om aftalen på følelig måde påvirker handelen mellem medlemsstater og konkurrencen og således rammes af artikel 85, stk. 1, tages hensyn til bl.a. arten og den begrænsede eller ubegrænsede mængde af de varer, aftalen angår, leverandørens og forhandlerens *stilling* og *betydning* på markedet for de pågældende varer, den omstridte aftales *enkeltstående* karakter eller omvendt dens plads i en *helhed af aftaler,* strengheden af de bestemmelser, der beskytter eneretten, eller omvendt de muligheder der levnes andre handelsstrømme vedrørende de samme varer ved genudførsler eller sideløbende indførsler.

Imidlertid er — efter hvad justitskontoret ved Tribunale de Commerce i Liège oplyser — »intet yderligere processkrift blevet fremmet« for denne ret, siden Domstolen afsagde den anden de Haecht-dom den 6. februar 1973. Men ved dom af 30. januar 1974, sag 127/73 Sabam/BRT (Sml. s. 51), bekræftede Domstolen, at artiklerne 85, stk. 1 og 86 skaber umiddelbare rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte bl.a. i sager, der indbringes for disse domstole, og hvorunder der rejses indsigelse om misbrug af en dominerende stilling eller om lovligheden af en aftale.

Har Kommissionen indledt en procedure i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 (på grundlag af enten artikel 85, stk. 1

eller artikel 86), kan den pågældende nationale ret, enten såfremt den finder det nødvendigt af hensyn til retssikkerheden — udsætte sagen for at afvente Kommissionens indgriben eller fortsætte sagen ved at fastslå, enten at den omstridte adfærd *åbenbart* ikke er i stand til på følelig måde at påvirke konkurrencen eller samhendelen mellem medlemsstater, eller at denne adfærds uforenelighed med artikel 86 (eller med artikel 85) er utvivlsom.

Endelig henviser appelretten i Gent til Domstolens dom af 3. februar 1976 i sagen 63/75, Fonderies de Roubaix (Sml. s. 116 ff)

Denne sag rejste spørgsmålet, om en eneforhandlingsaftale i en medlemsstat angående varer indført fra en anden medlemsstat, indgået mellem to virksomheder i den første af disse stater, burde betragtes som »vedrørende« indførsel og derfor omfattet af anmeldelseskravet i artikel 4, stk. 1 i Rådets forordning nr. 17.

I øvrigt rejste sagen spørgsmålet, om en sådan aftale, forudsat den falder ind under forbudet i artikel 85, stk. 1 og ikke er omfattet af fritagelsen for kategorier efter artikel 1 i Kommissionens forordning nr. 67/67 EØF af 22. marts 1967 (EFT-specialudgave 1967, s. 9; org.re. JO 57 af 25. 3. 1967, s. 849), forud skulle have været anmeldt for i medfør af artikel 85, stk. 3 at kunne fritages *individuelt* fra forbudet.

Domstolen udtalte, at artikel 4, stk. 1 i forordning nr. 17 bestemmer, at aftaler af den i traktatens artikel 85, stk. 1 omhandlede art, der er kommet i stand efter den 13. marts 1962 — ikrafttrædelsestidspunktet for forordning nr. 17 — skal anmeldes til Kommissionen for at kunne blive fritaget efter artikel 85, stk. 3, hvorimod samme artikels stk. 2, afsnit 1 bestemmer, at denne anmeldelse ikke er nødvendig, hvis det drejer sig om aftaler, hvori der kun deltager virksomheder fra en medlemsstat, *og* de pågældende aftaler ikke vedrører indførsel eller udførsel mellem medlemsstaterne.

Artikel 4 i forordning nr. 17 — udtalte Domstolen — har til formål at forenkle administrationen ved ikke at tvinge virksomhederne til at anmelde aftaler, der, omend de måtte være omfattet af artikel 85, stk. 1, som følge af deres særegenhed generelt forekommer at være *mindre skadelige* og derfor *højst sandsynligt* vil være af en sådan beskaffenhed, at de kan fritages efter stk. 3 i artikel 85.

Da dette forekommer mig at være Domstolens praksis, fremstillet så objektivt som muligt, og i overensstemmelse med god retspleje, vil jeg tage udgangspunkt i denne praksis i den skikkelse, den sidst har fået. Den skal blot ved besvarelsen af de spørgsmål, den nationale ret stiller, tilpasses den foreliggende sag.

I — I det første spørgsmål ønsker den nationale ret at vide, hvilke omstændigheder *udover* den eventuelle samlede virkning af samtlige eneleveringsaftaler inden for det pågældende område retten skal tage i betragtning ved bedømmelsen af, om den enkelte aftale, der er forelagt retten, er forbudt i henhold til artikel 85, stk. 1.

Spørgsmålet forekommer mig at være noget ledende over for Domstolen; efter Domstolen skal den pågældende aftale sammenholdes med »alle øvrige« for så at sige at foretage en »økonomisk opgørelse« eller, for at bruge den belgiske lovgivnings udtryk, for »at undersøge, om disse bestemmelser i deres helhed faktisk er med til at opretholde de nødvendige vilkår for en *loyal* konkurrence i fremstillings- og omsætningsleddet«. Det er en sådan samlet bedømmelse, der gør det muligt at træffe afgørelse med hensyn til en enkelt aftale. Domstolen har ikke sagt, at der udover aftalernes samlede virkning skulle tages hensyn til andre omstændigheder. Disse omstændigheder, som den belgiske ret gerne ser Domstolen nærmere omtale, bør, for så vidt de ikke falder sammen med den førnævnte samlede virkning, kun undersøges, hvis bedømmelsen af denne virkning ikke giver et tilstrækkeligt grundlag for at an-

tage, at aftalen opfylder betingelserne for forbudet i artikel 85, stk. 1. Følgelig bør retten for at bedømme den virkning, et net af bryggeriaftaler kan have, undersøge arten og mængden af det øl, der afsættes i henhold til sådanne aftaler, hvilke muligheder den »bundne« beværtningsindehaver har for at forsyne sig med udenlandsk øl; i så henseende bør retten bedømme aftalebestemmelsernes større eller mindre strenghed.

Denne undersøgelse bør ikke alene angå de aftaler, det samme bryggeri enkeltvis har indgået med andre beværtningsindehavere, *men* endvidere samtlige aftaler mellem *alle* bryggerier og beværtningsindehavere i den pågældende medlemsstat.

Det er forståeligt, at en sådan opgave ikke begejstrer de nationale retter, som næppe er i stand til at undersøge, om der udover en enkelt aftale, *betragtet enkeltvis,* mellem en bestemt producent og en bestemt forhandler foreligger en *samordnet praksis,* der i det mindste indirekte har til virkning at hindre konkurrencen i samhandelen inden for fællesmarkedet.

For at undgå denne vanskelighed foreslår Kommissionen i sit skriftlige indlæg »at skelne mellem en ubetydelig medvirken i den nævnte samlede virkning og en væsentlig medvirken hertil ... Hindringer for adgang til markedet, der kun er af mindre betydning, er *væsentligt* forskellige fra større hindringer ... Det er muligt at afgøre om lukningen af et marked for en stor del skyldes en ophobning af *mindre* hindringer eller den samlede virkning af større hindringer«. Kommissionen tilføjer, at anvendelsen af en sådan sondring »ikke støder på uovervindelige vanskeligheder«. Faktisk foreslår Kommissionen, omend med væsentlige forbehold, »kvantitative retningslinjer«, som Kommissionen i mangel af en »administrativ praksis« gerne så Domstolen godkende i forbindelse med denne præjudicielle sag: alle net af bryggeriaftaler, der dækker over mindre end 100 000 hektoliter årligt (hvilket er Concordia's tilfælde), bør falde uden for forbudet i artikel 85, stk. 1.

Dette er måske indholdet af et udkast, Kommissionen har til hensigt at udarbejde for andre instanser med henblik på fastsættelsen af konkrete bestemmelser om bryggeriaftaler.

Det er imidlertid efter min opfattelse umuligt i forbindelse med nærværende sag at imødekomme Kommissionens ønske, der på beklagelig måde minder om Kommissionens teori om »små« misbrug af dominerende stilling, som Kommissionen har forelagt Domstolen ved anden lejlighed.

For det første er konkurrenceindskrænkende foranstaltninger, der er af mindre betydning i forhold til andre mere væsentlige, dog stadigt begrebsmæssigt »konkurrenceindskrænkende«. Spørgsmålet er ikke at fastlægge den forholdsmæssige andel af mindre og større hindringers virkning på markedsindskrænkninger eller at afgøre, om en aftale yderligere kan medvirke til at indskrænke et marked. Spørgsmålet er, om det pågældende marked faktisk er åbent eller lukket, og om dette skyldes den sammenlagte virkning af samtlige hindringer betragtet under ét, uanset om disse er mindre eller større.

Uanset om bidraget til den »samlede virkning« er større eller mindre, er der tale om en medvirken til denne samlede virkning.

Dernæst forekommer det mig i hvert fald overordentligt vanskeligt — forudsat Domstolen er kompetent hertil — at fastsætte den kvantitative tærskel, udover hvilken en medvirken til en konkurrenceindskrænkning bør betragtes som forbudt. Det er ikke Domstolens opgave »i forbindelse med domstolssamarbejdet« at fastsætte »procenter« på grundlag af statistiske oplysninger, der tilmed er forskellige fra kilde til kilde, oplysninger som naturligvis er blevet bestridt under forhandlingerne, og som faktisk forekommer mig tvivlsomme.

De beværtningsindehavere, hovedsagen drejer sig om, og som af en eneret på 25 år er bundet til bryggeriet Concordia i for-

bindelse med et lån på 300 000 FB, og, må man sige, de af beværtningens kunder, der ønsker andet øl end dette bryggeris, vil ikke kunne forstå, at en bryggeriaftale i henhold til den 100 000 hektoliter-regel, Kommissionen foreslår, vil kunne gøres gældende imod dem, fordi dette bryggeri gennem sit forhandlernet højst afsætter 75 000 hl. årligt, medens de beværtningsindehavere, der blev sagsøgt af bryggeriet de Haecht, og som havde modtaget et lån på 52 000 FB, og som kun havde påtaget sig en eksklusiv købsforpligtelse for fem år, gyldigt kunne gøre den pågældende bryggeriaftales ulovlighed gældende: den omstændighed at bryggeriet de Haecht fremstiller ca. 7 % af den belgiske ølproduktion og gennem sit forhandlernet afsætter over 100 000 hektoliter ændrer ikke sagen. Såvel i det ene som i det andet tilfælde bør de kunne kræve, at de rettigheder, artikel 85, stk. 1 tillægger dem, beskyttes af de nationale domstole. Blot antydningen af en »administrativ praksis« hos Kommissionen vil være nyttigere end samtlige indlæg indgivet i en præjudiciel sag, og da den kontrakt, sagen de Haecht drejede sig om, var blevet anmeldt til Kommissionen, forstår man ikke, hvorfor Kommissionen ikke har taget stilling i den ene eller den anden retning til denne aftale.

For mit vedkommende har jeg i mit første forslag til afgørelse i sagen Sabam/BRT foreslået, at det, i det mindste for det tilfælde, at Kommissionen har indledt en procedure i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6 i forordning nr. 17, kendtes for ret, at de nationale retter er forpligtet til at udsætte sagen. Men udover den omstændighed, at Kommissionen endnu *ikke* har indledt nogen procedure, jf. artikel 9, stk. 3 i denne forordning (den almindelige undersøgelse, Kommissionen påbegyndte i oktober 1969 i henhold til artikel 12 i forordning nr. 17 kan efter Domstolens dom af 6. februar 1973 ikke træde i stedet herfor), forekommer det mig uomtvisteligt at følge af Domstolens seneste praksis, at de nationale retter har *pligt* til umiddelbart at anvende artikel 86, stk. 1.

Det er navnlig udelukket, at de nationale retter udsætter sagen for at sætte parterne i stand til at opnå Kommissionens stillingtagen (en mulighed, Domstolen endnu anerkendte i dommen af 6. februar 1973), når den pågældende aftale ikke engang er blevet anmeldt, og når selv Kommissionens indledning af en procedure ikke automatisk fritager de nationale myndigheder for at træffe afgørelse.

Disse forbliver således – med forbehold af en anvendelse af artikel 117 – kompetente til at træffe afgørelse på grundlag af de netop anførte kriterier.

I de øvrige spørgsmål, appelretten i Gent stiller, søger man at slippe ud af dilemmaet enten ved hjælp af en fritagelse efter kategori eller ved en individuel fritagelse, og det er de spørgsmål, vi nu skal undersøge.

II – I det andet spørgsmål ønsker appelretten i Gent at vide, om erklæringen om uanvendeligheden af artikel 85, stk. 1, med andre ord den »fritagelse for kategorier«, Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967, artikel 1, stk. 1 hjemler indtil 31. december 1982, kun kan og kun bør finde anvendelse bl.a. på aftaler, hvori kun deltager to virksomheder i forskellige medlemsstater, *og* i hvilke den ene over for den anden forpligter sig til udelukkende at købe af denne med henblik på videre salg inden for en bestemt del af fællesmarkedet.

Da den omstridte bryggeriaftale kun binder to virksomheder hjemmehørende i en enkelt medlemsstat, og da den ikke fastsætter noget område i nævnte bestemmelses forstand, kan den begrebsmæssigt hverken være genstand for fritagelse eller for et forbud.

En aftale af den pågældende art forekommer mig at falde ind under litra b) i artikel 1, stk. 1 i forordning nr. 67/67 EØF. Dette afsnit taler kun om en udelukkende forpligtelse til at købe (med henblik på videresalg) for den ene part over

for den anden uden at angive, at dette videresalg skal ske »i en bestemt del af fællesmarkedet«. Men det er klart, at en bryggeriaftale angår en forpligtelse til at købe øl med henblik på videresalg i en nærmere bestemt »forretning« »i en medlemsstat«, hvilket faktisk betyder »i en bestemt del af fællesmarkedet«.

Manglen på en nøjagtig fastsættelse af en del af fællesmarkedet er ikke afgørende.

Tilbage står imidlertid at undersøge, om dommen Fonderies Roubaix finder anvendelse på de inden for bryggerisektoren velkendte aftaler med eksklusiv købsforpligtelse, indgået mellem to virksomheder i en samme medlemsstat.

I så henseende går det stillede spørgsmål ud på, om den pågældende aftale, som ikke skulle anmeldes, automatisk var omfattet af fritagelsen for kategorier eller om den omstændighed, at en anmeldelse ikke var påkrævet, udelukker muligheden for at nægte en sådan fritagelse.

Den pågældende aftale er indgået efter den 13. marts 1962; kun to virksomheder i en og samme medlemsstat deltager i aftalen; men selv om aftalen direkte vedrører hverken indførsler eller udførsler mellem medlemsstater, anfører appelretten i Gent dog, »at man ikke kan udelukke muligheden af, at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes på følelig måde *ved den samlede virkning* af aftaler af samme art« og at, »selv om gennemførelse af aftaler med en eksklusiv købsforpligtelse mellem virksomheder i en og samme medlemsstat ikke indebærer nogen overskridelse af landegrænser«, er det ikke udelukket, at »sådanne aftaler i virkeligheden går ud på at pålægge en af parterne et *direkte* forbud mod indførsler af varer fra andre medlemsstater«. Sådanne aftaler er ikke anmeldelsespligtige. Men intet forbyder de berørte virksomheder at foretage en anmeldelse med de fordele, et sådant skridt indebærer. Virksomhederne må i denne henseende selv træffe de fornødne forholdsregler.

Det er muligt, at disse aftaler er »egnet til at fritages i henhold til artikel 85, stk. 3«, som Domstolen selv har udtalt. Men den manglende anmeldelsespligt kan ikke anføres til støtte for en *automatisk* fritagelse for kategorier og foregriber ej heller *muligheden* for at nægte en individuel fritagelse. Den omstændighed at den vare, der er genstand for den pågældende aftale, er en indenlandsk vare (det er i øvrigt heller ikke udelukket, at det øl, bryggeriet leverer, i virkeligheden er indført fra en anden medlemsstat), kan ej i sig selv bevirke, at en praksis, »der til nogle indenlandske producenter binder et stort antal detailhandlende i samme medlemsstat« — ledsaget af tilsvarende praksis i andre medlemsstater — og altså også den pågældende aftale, bør betragtes som værende ude af stand til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Dette er i øvrigt hvad Oberlandesgericht Karlsruhe antog i sin dom af 22. juli 1971 på grundlag af Domstolens dom Bilger.

Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents (Sml. 1974, s. 255), giver i en præmis udtryk for den samme tanke: adfærden eller den pågældende aftale, udtaler Domstolen, bør vurderes »i alle dens konsekvenser for konkurrencen inden for fællesmarkedet uden at sondre mellem produktion bestemt til salg inden for fællesmarkedet og produktion bestemt til eksport«. Selv om det må antages, at bryggeriaftalernes praktiske virkninger sædvanligvis giver sig udslag i en stigning i forretningerne mellem bryggeriet og den beværtningsindehaver, der er bundet af bestemmelserne, må man dog være opmærksom på et argument, der i 1956 blev fremført i Belgien mod den dengang påtænkte vedtagelse af et lovforslag vedrørende kontrol af bryggeriaftaler. »Bryggeriernes sidste argument støtter sig på praksis i alle øvrige ølproducerende lande (England, Tyskland, Holland, Frankrig, Luxembourg), hvor eneretsbestemmelser er så udbredte, at det er overordentligt vanskeligt at eksportere til disse lande, hvor afsætningen er monopoliseret af

produktionen. Efter bryggerierne kan de lovbestemmelser, man vil indføre hos os, lette importen af udenlandsk øl, medens døren vil forblive lukket for vores øl hos alle vore naboer.

Faren herfor er så meget desto større på nuværende tidspunkt som toldskrankerne står over for at blive afskaffet mellem disse lande« (Yves Ranscelot, Les contrats de brasserie et leur réglementation, *i* Annales de la Faculté de Droit de Liège 1957, s. 197).

Skal dommen Fonderies de Roubaix være analogt anvendelig, må den nationale ret antage, at den pågældende bryggeriaftale — sammenholdt med alle andre — ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Men så vidt vil appelretten ikke gå, den spørger kun, om denne aftale ikke kan behandles, *som om* den faktisk var blevet anmeldt. Dette er naturligvis ikke tilfældet.

Faktisk kunne man spørge, om det ikke har været meningen i Domstolens dom Fonderies de Roubaix (præmis nr. 15), i almindelighed og på endelig måde udtrykkeligt fra forbudet i artikel 85, stk. 1 at fritage aftaler, hvori der kun deltager virksomheder fra en enkelt medlemsstat, og som vedrører videresalg af varer inden for denne medlemsstat (artikel 1, stk. 2 i forordning nr. 67/67 EØF) og dette på grundlag af den fjerde betragtning i forordning nr. 67/67/EØF; ifølge denne er der, da »eneforhandlingsaftaler (af denne art), indgået indenfor en medlemsstat, kun *undtagelsesvis* vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, ... ikke behov for at lade dem være omfattet af denne forordning«.

Dette forekommer mig tvivlsomt, fordi:

1. selv Kommissionen, der alene er kompetent i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, sammenholdt med artikel 87, samt i medfør af artikel 1 i Rådets forordning nr. 19/65 af 2. marts 1965, har ikke udtrykkeligt fritaget denne kategori af aftaler;
2. en sådan slutning vil være i strid med Domstolens tidligere praksis vedrørende »den kumulative virkning«, navnlig af såkaldte bryggeriaftaler;
3. Domstolen har selv anført (Sml. 1976, s. 119, præmis nr. 19), at det ikke er stk. 2's formål, at sådanne aftaler, der selv om de er indgået mellem to virksomheder i en enkelt medlemsstat, alligevel *rent undtagelsesvis* kan have en følelig påvirkning på handelen mellem medlemsstater, men som i øvrigt opfylder alle betingelserne i artikel 1 i forordning nr. 67/67 EØF, skal udelukkes fra fritagelsen for kategorier. En fritagelse for kategorier er fortsat mulig for sådanne aftaler, men en sådan fritagelse kan kun udtrykkeligt fastsættes af Kommissionen.

III — Da det i artikel 1, stk. 2 i forordning nr. 67/67/EØF bestemmes, at »bestemmelserne i stk. 1 kan ikke anvendes på aftaler, hvori der kun deltager virksomheder fra en enkelt medlemsstat, og som vedrører videresalg af varer inden for denne medlemsstat«, og forudsat, at bryggeriaftaler, der opfylder bestemmelsens betingelser, *de plano* er udelukket fra anvendelsen af artikel 85, stk. 1 og *automatisk* er fritaget fra forbudet i denne artikel uden tidsbegrænsning og uden at opfylde »de i denne forordning nævnte betingelser«, spørger den forelæggende ret i sit tredje spørgsmål, om fritagelsen for anmeldelse i henhold til artikel 4, stk. 2, nr. 1 i forordning nr. 17 gælder for sådanne aftaler, selv om de i realiteten udgør et *umiddelbart* forbud mod indførsler fra andre medlemsstater.

På denne måde stilles pøny spørgsmålet om den økonomiske helhedsbedømmelse, jeg har omtalt tidligere. Jeg vil for mit vedkommende indskrænke mig til at anføre, at det på ingen måde er virksomhederne forbudt at anmelde sådanne aftaler til Kommissionen; tværtimod bestemmes det i artikel 4 in fine i forordning nr. 17, at »sådanne aftaler, vedtagelser og former for samordnet praksis *kan* anmeldes til Kommissionen«. Det er den nødvendige forudsætning for at opnå en

individuel fritagelse for »nye« aftaler. Virksomhederne har ligeledes mulighed for at anmode Kommissionen om en negativattest som omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 17.

Det tilkommer således virksomhederne at træffe afgørelsen, at bedømme »skadeligheden« af deres aftaler og eventuelt drage fordel af en forebyggende anmeldelse.

IV — Forudsat, at sådanne aftaler omfattes af forbudet i artikel 85, stk. 1, er de eo ipso ugyldige (artikel 85, stk. 2), har Domstolen udtalt. Men appelretten synes noget forvirret over Domstolens praksis i denne forbindelse.

I sit fjerde spørgsmål, der således vender tilbage til det første, spørger retten, om *en forholdsvis ubetydelig* eneforhandlingsaftale uanset »den kumulative virkning af alle øvrige aftaler« kan undgå at blive ugyldig i følge artikel 85, stk. 2, og i bekræftende fald efter hvilke kriterier, eller om ugyldigheden eo ipso omvendt rammer *samtlige* aftaler, hvis kumulative virkning er negativ.

Jeg skal i denne forbindelse henholde mig til, hvad jeg ovenfor har anført. Jeg vil tilføje, at inden for et sådant felt synes Kommissionens indgriben i høj grad ønskelig, hvis ikke nødvendig, af hensyn til retssikkerheden enten med henblik på under ét at forbyde samtlige bryggeriaftaler eller med henblik på under ét at fritage disse eller med henblik på at tillade disse under visse betingelser angående varighed og afsætningsmængde. Men hertil har Kommissionen brug for oplysninger: heraf nytten af anmeldelser og af den undersøgelse, Kommissionen endelig besluttede sig til at foretage i 1969, men som endnu ikke er mundet ud i konkrete foranstaltninger. Kommissionen kan i øvrigt i henhold til artikel 8 i forordning nr. 17 give sin beslutning en særlig udforming og fastsætte betingelser; er aftalen faktisk blevet anmeldt, selv om den ikke er anmeldelsespligtig, kan Kommissionen erklære artikel 85, stk. 3 anvendelig og angive det tidspunkt, fra hvilket beslutningen skal have virkning; dette tidspunkt kan ligge forud for beslutningen og gå helt tilbage til anmeldelsesdagen; i visse tilfælde, bl.a. når aftalerne ikke er anmeldelsespligtige, kan beslutningens virkninger gå helt tilbage til aftalernes indgåelsesdag (artikel 6, stk. 2).

Men for de nationale retter er ugyldigheden eo ipso den eneste mulighed efter Domstolens praksis. De nationale retter står i følgende dilemma: enten anvende artikel 85, stk. 1, eller antage, at aftalen, da den er uden betydning i så henseende, ikke falder ind under anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1, uden at det er nødvendigt at anvende artikel 85, stk. 3, men imidlertid med mulighed for at udsætte sagen, men dog kun for så vidt Kommissionen har indledt en procedure. Her igen er det klart, at den opgave, der påhviler de nationale retter, giver disse en del kvaler.

Et spørgsmål synes dog afgjort ved Domstolens dom af 30. juni 1966, sag La Technique Minière (Sml. 1965-1968, s. 211): det er kun de dele af aftalen, der falder ind under forbudet, som uden videre er ugyldige, og hele aftalen er kun ugyldig, hvis disse dele ikke kan udskilles fra aftalens øvrige bestemmelser; *alle andre* aftalebestemmelser, der ikke rammes af forbudet, omfattes ikke af traktaten og falder uden for fællesskabsretten.

Men dette er ikke et tilstrækkeligt svar til den nationale ret: på baggrund af visse udtalelser i Domstolens domme ønsker retten at vide, om det kan antages, at en aftale på grund af de pågældendes *ringe stilling* på markedet for den pågældende vare kun kan påvirke markedet på ubetydelig måde og falde uden for forbudet i artikel 85, stk. 1. I så henseende må man *betragte den pågældende aftale enkeltvis,* løsrevet fra tilsvarende praksis i hele fællesmarkedets område (dommen Bilger (Recueil 1970, s. 136)), undersøge virkningerne »løsrevet fra den helhed af samvirkende eller modvirkende følger, som de er en del af« (dom de Haecht I, Sml.

1965-1968, s. 423). En sådan synsmåde forekommer mig ganske vist mulig og er også anerkendt af Domstolen i dommen Béguelin for så vidt angår aftaler mellem virksomheder hjemmehørende i forskellige medlemsstater vedrørende handel mellem medlemsstater.

Den bedømmelse, den nationale ret skulle foretage – efter Domstolens dom af 12. december 1967 – skulle i øvrigt ske i overensstemmelse med de principper, Domstolen knæsatte i en dom af 9. september 1969, Völk, vedrørende eneforhandlingsaftaler med absolut områdebeskyttelse mellem virksomheder hjemmehørende i forskellige medlemsstater; disse principper er:

»Det kan forekomme at en eneforhandlingsaftale, selv med absolut områdebeskyttelse, *under hensyn til de pågældendes svage stilling* på markedet for de omhandlede produkter i det område, der er genstand for nævnte beskyttelse, ikke er omfattet af forbudet i artikel 85, stk. 1« (sag 5/69, Recueil 1969, s. 302).

Det forudsættes imidlertid, at der findes en betydelig samhandel mellem medlemsstater, og at de pågældende aftaler, selv sammenholdt med lignende aftaler, kun har en ringe virkning på denne samhandel. Men for så vidt angår varer, der kun er genstand for en mindre eller ubetydelig samhandel, vil en hensyntagen til de pågældende virksomheders stilling og forholdsmæssige størrelse føre til en svækkelse af Domstolens faste praksis vedrørende den kumulative virkning, og jeg vil ikke foreslå en sådan ændring med hensyn til bryggeriaftaler.

V – I det femte spørgsmål spørger den nationale ret, om den er forpligtet eller er beføjet til at udsætte sagen, når en fritagelse efter artikel 85, stk. 3 stadig kan komme på tale. Der er ingen tvivl om, at retten helst så en besvarelse, der levnede en mulighed herfor. Det er imidlertid min opfattelse, at spørgsmålet klart er afgjort i dommen Sabam/BRT. Det kunne nemlig tænkes, at hvis en fritagelse var blevet begæret af den ene eller den anden af aftaleparterne, eller hvis i det mindste Kommissionen havde indledt en procedure, burde den ret, for hvilken aftalen var anfægtet, udsætte sagen, indtil Kommissionen selv havde truffet en afgørelse med hensyn til fritagelsesbegæringen, eller indtil den af Kommissionen indledte procedure havde fundet sin afslutning i den ene eller anden retning. Domstolen har imidlertid ikke tiltrådt denne opfattelse: retten kan udsætte sagen, men kun når Kommissionen har indledt en procedure. Samme løsning burde efter min mening anerkendes for det tilfælde, at der er fremsat en begæring om fritagelse, som det påhviler Kommissionen at tage stilling til.

Men den omstændighed, at en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3 fortsat i fremtiden er mulig i forbindelse med en helt hypotetisk begæring, fritager ikke den nationale ret for at træffe afgørelse.

På samme måde er det udelukket, at den nationale ret beslutter at udsætte sagen med henblik på at opnå en stillingtagen fra Kommissionen, således som Domstolen obiter dictum har udtalt i dommen af 6. februar 1973. Den nationale ret kan ej heller træffe afgørelse med hensyn til anvendeligheden af artikel 85, stk. 3, da denne beføjelse er forbeholdt Kommissionen i henhold til artikel 9, stk. 1 i forordning nr. 17. På grund af den direkte virkning af artikel 85, stk. 1 er den nationale ret *forpligtet* til at træffe afgørelse alene med forbehold af en eventuel anvendelse af artikel 177. Den nationale ret kan kun gøre et af to: enten antage, at aftalen er åbenbart i strid med artikel 85, stk. 1, eller antage, at aftalen falder åbenbart uden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1. Her er altså tale om en slående oprejsning for »acte clair«-teorien til fordel for de nationale retter på grundlag af princippet om en decentralisering af retssikkerheden med hele den risiko for modstridende afgørelser, denne teori indebærer.

Under disse omstændigheder er der ikke grund til at besvare den anden del af det

femte spørgsmål, den nationale ret stiller: da de nationale retter er *forpligtet* til at træffe afgørelse alene på grundlag af bestemmelsen i artikel 85, stk. 1, kan de ikke, for at bruge appelrettens udtryk, »træffe afgørelse om, at artikel 85, stk. 3 ikke kan finde anvendelse«.

VI — I det sjette spørgsmål spørger den nationale ret, hvilken retsstilling har en ny aftale »hvorom der ikke straks træffes afgørelse«. Jeg formoder, at retten hermed sigter til en aftale, som enkeltvis eller sammen med »alle øvrige« aftaler af samme art på følelig måde kan påvirke konkurrencen og samhandelen, men hvorom det heller ikke er udelukket, at den kan falde ind under anvendelsen af artikel 85, stk. 3. I så tilfælde bør den pågældende aftales »retsstilling« afgøres ved en endelig beslutning fra Kommissionen, med forbehold af en eventuel indbringelse for Domstolen. Men dette forudsætter, at enten Kommissionen (af egen drift) eller aftaleparterne (anmeldelse ledsaget af en begæring om negativattest eller om fritagelse, »klage«) har indledt en procedure i henhold til forordning nr. 17. Er dette ikke tilfældet, følger den pågældende aftales »retsstilling« af domstolenes bedømmelse af aftalen i forhold til artikel 85, stk. 1.

Ganske vist kan den omstændighed, at Kommissionen har rettet en individuel beslutning til tre nærmere bestemte virksomheder, tale til ugunst for de bryggeriaftaler, der er indgået af de tre virksomheder eller for deres regning, men foregriber hverken i den ene eller den anden retning spørgsmålet om andre bryggeriaftalers gyldighed. I øvrigt lægger den omstændighed, at en virksomhed har anmeldt en aftale og navnlig anmodet om en fritagelse, i et vist omfang ansvaret for tingenes tilstand over på Kommissionen: denne bør tage hensyn hertil ved den endelige afgørelse; men indtil da er dette uden betydning for domstolenes bedømmelse af aftalen.

Efter Domstolens dom af 6. februar 1973 kan der ikke længere tales om foreløbig gyldighed eller ugyldighed, men slet og ret om gyldighed eller ugyldighed med mulighed for domstolene til at træffe endelige afgørelser med forbehold af en senere modgående beslutning fra Kommissionen. Følgelig hindrer en ny aftales anmeldelse eller fritagelse for anmeldelse ikke, at der tillægges en national rets afgørelse af en sådan aftales gyldighed eller ugyldighed tilbagevirkende kraft.

VII — I sit sidste spørgsmål efterlyser appelretten i Gent *fællesskabsretlige* fortolkningskriterier, der vil sætte den i stand til at bedømme, om de *belgiske* lovbestemmelser om bryggeriaftaler er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

Det forekommer mig, at Domstolen er åbenbart inkompetent til inden for rammerne af artikel 177 at besvare et sådant spørgsmål.

Ganske vist har Domstolen (i dom af 9. juli 1969, sag 10/69, Portelange, Recueil s. 315 og 316) udtalt: »traktatens artikel 177, der er baseret på en klar funktionsdeling mellem de nationale retter og Domstolen, tillader hverken denne at træffe afgørelse vedrørende de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde eller at tage stilling til motiverne for anmodningerne om fortolkning; spørgsmålet, om de fællesskabsretlige bestemmelser eller begreber, der ønskes fortolket, faktisk er anvendelige på det konkrete tilfælde, er unddraget Domstolen og henhører under den nationale rets kompetence; når en ret anmoder om fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse eller af et dermed forbundet retsbegreb, må det antages, at den anser denne fortolkning for nødvendig for afgørelsen af den tvist, som den behandler«. Imidlertid har Domstolen så sent som i dommen Sieva af 13. oktober 1976 udtalt:

»inden for rammerne af den præjudicielle procedure i henhold til traktatens artikel 177 tilkommer det imidlertid ikke Domstolen at udtale sig om omfang og indhold af nationale lovbestemmelser, idet den skal begrænse sig til at fortolke de

pågældende fællesskabsretlige bestemmelser«.

Den pågældende bryggeriaftale indgår i et net af aftaler af samme rækkevidde i flere medlemsstater. Det er muligt, der her foreligger en samlet praksis, der ikke alene er samordnet mellem de vedkommende virksomheder men yderligere er en følge af anvendelsen af nationale ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, selv om disse bestemmelser forbyder visse utilbørlige aftalebestemmelser, som ville bringe en loyal konkurrence i fare. En sådan situation er ikke ny. Det tilkommer den nationale ret ud fra fællesskabsbestemmelserne og Domstolens praksis at give de hertil egnede traktatbestemmelser umiddelbar virkning.

Jeg skal blot bemærke, at en aftale med eksklusiv købsforpligtelse kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og kan bevirke en hindring af konkurrencen, når leverandøren kan modsætte sig parallelle indførsler fra andre medlemsstater i en del af fællesmarkedet ved den forenede hjælp af aftalen og en national lovgivning om illoyal konkurrence.

I øvrigt er Domstolen ikke i forbindelse med nærværende sag kompetent til at udtale sig om den belgiske lovgivning: det eneste retsmiddel, der i denne forbindelse står åben, er et søgsmål for manglende overholdelse af traktatens forpligtelser i henhold til artikel 169.

Endelig vil jeg finde det hensigtsmæssigt, at svarene til appelretten blev begrænset til bryggeriaftaler, og at man undlod at lade svarene omfatte alle aftaler mellem virksomheder i en og samme medlemsstat vedrørende en eneret til salg eller levering af en hvilken som helst vare.

Jeg foreslår, Domstolen kender for ret:

Med hensyn til en aftale om ølleveringsforpligtelse indgået efter den 13. marts 1962, dvs. en aftale, der, selv om den ikke er anmeldelsespligtig, kunne anmeldes men ikke er blevet anmeldt, og som ikke har været genstand for nogen procedure fra Kommissionens side, er der holdepunkter, der dog ikke er afgørende, for, at den pågældende aftale i almindelighed kan være skadelig for fællesmarkedets funktion.

Gøres en sådan aftales ugyldighed gældende som indsigelse for en national ret, er denne forpligtet til at træffe afgørelse og enten antage, at aftalen åbenbart ikke falder inden for anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1, eller antage, at aftalens uforenelighed med denne bestemmelse er utvivlsom.

I så henseende bør den nationale ret undersøge, om der ud over den pågældende aftale findes en eller flere former for samordnet praksis mellem bestemte producenter og bestemte aftagere, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til virkning at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Finder den nationale ret, at sådan praksis åbenbart ikke kan have sådan virkning, er aftalen fuldt ud gyldig, dog med forbehold af Kommissionens senere anvendelse af artikel 6 i forordning nr. 17.

Finder den nationale ret, at sådan praksis og den pågældende aftale utvivlsomt er uforenelig med artikel 85, stk. 1, er aftalen ugyldig fra indgåelsesdagen, dog med det ovenfor anførte forbehold.