FREE RECORD SHOP

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 6. februar 1997 *

A — Sagens omstændigheder

1. I den foreliggende sag drejer det sig om spørgsmålet om gyldigheden af konkurrencebegrænsende aftaler indgået før den 13. marts 1962 — tidspunktet for ikrafttrædelsen af Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [1] — (herefter »gamle aftaler«).

2. I henhold til forordningens artikel 5, stk. 1 [2], skulle aftaler, vedtagelser og samordnet praksis af den i traktatens artikel 85, stk. 1, omhandlede art, som bestod ved denne forordnings ikrafttrædelse, og med hensyn til hvilke deltagerne agter at påberåbe sig fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, inden den 1. november 1962 anmeldes til Kommissionen.

3. Sagsøgeren i hovedsagen, Koninklijke Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels (herefter »KVB«), er — som navnet allerede angiver — en forening til fremme af boghandelens interesser i Nederlandene. Medlemmer af foreningen er navnlig forlag, boghandlere og bogimportører hjemmehørende i Nederlandene [3]. Denne forening — der dengang stadig havde navnet Vereeniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels — udstedte i 1961 et reglement for handel med bøger i Nederlandene (Reglement voor het Handelsverkeer van Boeken in Nederland, herefter »KVB-reglementet«) [4]. Dette reglement pålægger medlemmerne af KVB pligt til at opretholde den i KVB-reglementet fastsatte ordning med vertikal prisbinding — også over for ikke-medlemmer.

4. KVB-reglementet blev den 30. oktober 1962 anmeldt til Kommissionen.

5. KVB-reglementet er siden blevet ændret flere gange. Efter oplysninger fra den nationale domstol fulgte en omfattende ændring i

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT 1959-1962, s. 81.

2 — Som ændret ved Rådets forordning nr. 59 af 3.7.1962 (EFT 1959-1962, s. 220).

3 — Jf. i den forbindelse de faktiske omstændigheder i dom af 17.1.84, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, på s. 24.

4 — Det ser i den forbindelse ud til at være en omarbejdelse af en version fra 1923. Jeg har disse oplysninger fra dom afsagt af Nederlandenes Hoge Raad den 22.12.1995 i sagen Vierkant Beheer og Reiber mod KVB. KVB har i forbindelse med sit indlæg i den foreliggende sag fremlagt udskrift af dommen for Domstolen.

1978. I den foreliggende sag drejer det sig ifølge disse oplysninger om den version af reglementet, der har været gyldig siden den 1. januar 1993.

6. For så vidt angår sagsøgte i hovedsagen, Free Record Shop BV og Free Record Shop Holding NV (herefter i fællesskab benævnt »Free Record Shop«) drejer det sig efter deres oplysninger om en detailhandelskæde med filialer i Nederlandene, Belgien og Norge.

7. Den 14. december 1995 havde Free Record Shop i forskellige nederlandske aviser en annonce med tilbud på en række bøger til priser, der lå 25% under de priser, som fremkom ved anvendelse af KVB-reglementet.

8. KVB anlagde derefter sag ved Arrondissementsrechtbank, Amsterdam, med påstand om foreløbige forholdsregler, hvori det skulle pålægges Free Record Shop at overholde de prisfastsættelsesregler, der var fastsat i KVB-reglementet. Free Record Shop gjorde under denne sag gældende, at KVB-reglementet var i strid med EF-traktatens artikel 85.

9. Som den nationale ret har meddelt, er spørgsmålet om foreneligheden af KVB-reglementet med EF-traktatens artikel 85 ligeledes blevet behandlet i en anden retssag ved nederlandske domstole — Reiber-sagen. I den anførte sag blev besvarelsen af dette spørgsmål ved Hoge Raad's dom af 22. december 1995 [5] henvist til Gerechtshof, Haag. I sagen for Hoge Raad havde generaladvokat Koopmans foreslået, at der skulle forelægges Domstolen visse præjudicielle spørgsmål. Hoge Raad fulgte ikke — af grunde, som ikke skal behandles nærmere her — dette forslag.

10. Arrondissementsrechtbank, Amsterdam, gav ved dom af 19. december 1995 KVB medhold og anordnede foreløbige forholdsregler. Senere kom retten dog til den opfattelse, at den til den videre sagsbehandling behøvede svar på forskellige spørgsmål vedrørende fællesskabsretten, som efter rettens opfattelse ikke kunne besvares på grundlag af Reiber-dommen. Retten har derfor ved dom af 1. februar 1996 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål [6]:

»1) Såfremt en aftale mellem virksomheder eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder om regulering af konkurrencen er kommet i stand, før forordning nr. 17/62 trådte i kraft, og rettidigt er blevet anmeldt til Kommissionen i henhold til bestemmelserne i denne forordning, mens Kom-

5 — Jf. ovenfor, fodnote 4.

6 — Den nationale ret henviser til, at den ved formuleringen af disse præjudicielle spørgsmål har henholdt sig til de spørgsmål, som af generaladvokat Koopmans var foreslået i den ovennævnte sag.

missionen i det hele ikke har reageret på anmeldelsen, er denne aftale eller denne vedtagelse da fortsat omfattet af den 'foreløbige gyldighed', som ifølge Domstolens praksis tilkommer anmeldte karteller?

2) I bekræftende fald, fortsætter denne 'foreløbige gyldighed' da på ubestemt tid? I benægtende fald, hvilke omstændigheder afhænger den 'foreløbige gyldigheds' ophør da af?

3) Vedrører den 'foreløbige gyldighed' kun aftalen eller vedtagelsen som nævnt i spørgsmål 1) i den form, hvori den er anmeldt, eller omfatter den også aftaler eller vedtagelser, der er kommet i stand senere, og som i ændret form fortsætter de samme kartelaftaler, for så vidt disse ikke indeholder nogen udvidelse eller skærpelse af kartelaftalerne, set ud fra det fælles markeds funktion og virkeliggørelse?«

Kommissionen af den opfattelse, at de kan besvares under ét.

12. Af Domstolens praksis følger, at gamle aftaler, som er blevet anmeldt til Kommissionen inden den 1. november 1962, skal behandles som foreløbigt gyldige. En kortfattet sammenfatning af denne lære findes i den i 1991 af Domstolen afsagte dom i Delimitis-sagen:

»Ifølge Domstolens faste praksis kan de nationale retsinstanser — så længe Kommissionen ikke har truffet beslutning i henhold til forordning nr. 17 — ikke fastslå, at aftaler, der er indgået før forordningens ikrafttræden den 13. marts 1962, og som er behørigt anmeldt, er ugyldige i henhold til artikel 85, stk. 2 (dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, og af 14.12.1977, sag 59/77, De Bloos, Sml. s. 2359). Så længe Kommissionen ikke har taget stilling hertil, er sådanne aftaler nemlig foreløbigt gyldige (dom af 10.7.1980, sag 99/79, Lancôme, Sml. s. 2511)« [7].

B — Stillingtagen

Det første og det andet spørgsmål

11. Det første og det andet spørgsmål hænger nært sammen. Jeg er derfor ligesom

13. I medfør af artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 har alene Kommissionen beføjelse til at indrømme fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Domstolen har med

7 — Dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Sml. I, s. 935, præmis 48.

rette påpeget, at de pågældende mangler »retlige muligheder for virkningsfuldt at fremskynde en afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3« [8]. Desuden har Domstolen gjort opmærksom på bestemmelsen i artikel 6, stk. 2, og artikel 7 i forordning nr. 17. Efter førstnævnte bestemmelse kan der indrømmes gamle aftaler, der er anmeldt inden den 1. november 1962, fritagelse — i modsætning til andre aftaler — også med tilbagevirkende gyldighed for perioden før deres anmeldelse [9]. Domstolen nåede i betragtning af disse omstændigheder til den konklusion, at »retssikkerheden i kontraktforhold« kræver, at de nævnte gamle aftaler foreløbigt behandles som gyldige [10].

14. Den foreløbige gyldighed ender efter den omhandlede retspraksis på det tidspunkt, da Kommissionen »har taget stilling hertil« [11]. Dette er i hvert fald tilfældet, når Kommissionen træffer en afgørelse, hvorved den giver afslag på en ansøgning om fritagelse for den gamle aftale. I Lancôme-sagen udtalte Domstolen i 1980, at den foreløbige gyldighed heller ikke kan opretholdes, når Kommissionen i en administrativ skrivelse har meddelt de interesserede, at den ikke (længere) ser nogen anledning til at træffe afgørelse (hverken positiv eller negativ) vedrørende den anmeldte aftale [12]. I den sag, der lå til grund i det pågældende tilfælde, havde Kommissionen i sin skrivelse anført, at den ikke så nogen anledning til at skride ind mod den anmeldte gamle aftale i medfør af artikel 85, stk. 1. Dermed udløb den gamle aftales foreløbige gyldighed efter Domstolens opfattelse.

15. I det her foreliggende tilfælde har Kommissionen hidtil ikke taget stilling til ansøgningen om fritagelse for den anmeldte gamle aftale i den netop nævnte betydning. Kommissionen anfører i den anledning, at den endnu ikke har afsluttet undersøgelsen vedrørende denne gamle aftale.

16. Da anmeldelsen af den gamle aftale er sket for over 34 år siden, er Free Record Shop's opfattelse, at der efter så lang tid ikke længere kan være tale om en »foreløbig gyldighed«, ved første blik ikke uden en vis berettigelse. Men man må huske på, at den af Domstolen udviklede lære om foreløbig gyldighed skal tjene til at beskytte retssikkerheden i kontraktforhold og dermed også parterne i henhold til den anmeldte gamle aftale. Som KVB med rette har anført, er den betydning, der tillægges beskyttelsen af retssikkerheden, i tidens løb snarere blevet større. Domstolen har i sin dom i Portelange-sagen selv gjort opmærksom på, at den omstændighed, at de personer, der har anmeldt en aftale til Kommissionen, ikke har

8 — Dom af 9.7.1969, sag 10/69, Portelange, Sml. 1969, s. 77, org. ref.: Rec. s. 309, præmis 15.

9 — Artikel 7 i forordning nr. 17 indeholder en særregel for gamle aftaler, der er anmeldt rettidigt, men som ikke opfylder betingelserne for en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Såfremt de pågældende f.eks. ændrer aftalen på en sådan måde, at den derefter opfylder betingelserne for en fritagelse, gælder forbuddet i artikel 85, stk. 1, kun for en af Kommissionen nærmere fastsat periode.

10 — Dom af 10.7.1980, sag 99/79, Lancôme, Sml. s. 2511, præmis 16.

11 — Jf. ovenfor i slutningen af punkt 12.

12 — Jf. ovenfor i fodnote 10, præmis 17.

nogen retlige muligheder for virkningsfuldt at fremskynde en afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3, gør, at »følgerne heraf bliver alvorligere, jo længere tid det tager at træffe en sådan afgørelse« [13]. Det ville derfor ikke være rimeligt at lade den forsinkelse, der skyldtes Fællesskabet, være til skade for parterne ved undersøgelsen vedrørende en gammel aftale, når parterne havde anmeldt aftalen i rette tid. Den omstændighed, at der var gået lang tid siden anmeldelsen, uden at Kommissionen havde taget stilling vedrørende den anmeldte gamle aftale, kan således ikke tilsidesætte aftalens foreløbige gyldighed. Foruden KVB har også den franske og den nederlandske regering givet udtryk for denne opfattelse.

17. Den franske regering har dog anført, at det kunne være ønskeligt med en begrænsning af en gammel aftales foreløbige gyldighed til en »rimelig« periode. Den understregede dog samtidig, at en konkret fastsættelse af denne periode ville give vanskeligheder. KVB har endvidere anført, at fastsættelsen af en sådan periode nødvendigvis indebærer en politisk beslutning, som alene kan træffes af fællesskabslovgiver. Jeg deler denne opfattelse.

18. At læren vedrørende den »foreløbige gyldighed« ikke kan anses for at være forældet på grund af den tid, der er gået, følger i øvrigt ligeledes af den omstændighed, at Domstolen — som allerede anført — helt fremme i 1991 har bekræftet den i dommen i Delimitis-sagen.

19. Tredjemands berettigede interesser påvirkes således ikke på ubehørig vis. Som den franske regering og den nederlandske regering samt Kommissionen har forklaret, kan personer, der mener, at deres rettigheder påvirkes på grund af anvendelsen af en konkurrencebegrænsende aftale, i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 indgive klage til Kommissionen [14]. På denne måde — om fornødent tillige ved et til denne klage knyttet passivitetssøgsmål til Domstolen i henhold til EF-traktatens artikel 175 — kan Kommissionen blive tvunget til at tage stilling til, om den gamle aftale er forenelig med EF-traktatens konkurrencebestemmelser. Denne stillingtagen bringer — som tidligere anført — den gamle aftales gyldighed til ophør.

20. De første to præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares med, at den foreløbige gyldighed af en gammel aftale, som blev anmeldt til Kommissionen før den 1. november 1962, først ophører, når Kommissionen

13 — Jf. ovenfor, fodnote 8, præmis 15.

14 — Såfremt Kommissionen efter begæring (eller på eget initiativ) konstaterer, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 85 eller 86, kan den i henhold til forordningens artikel 3, stk. 1, ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør. I henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, er foruden medlemsstaterne tillige fysiske eller juridiske personer, som kan godtgøre en »berettiget interesse«, berettiget til at fremsætte en sådan begæring.

har udtalt sig (positivt eller negativt) om den. En sådan udtalelse foreligger også, såfremt Kommissionen i en administrativ skrivelse meddeler, at den har henlagt sagen uden at træffe nogen formel afgørelse.

Det tredje spørgsmål

21. Har en gammel aftale, der er blevet rettidigt anmeldt til Kommissionen, fortsat foreløbig gyldighed, såfremt den senere er blevet ændret indholdsmæssigt? Dette problem er genstand for det tredje spørgsmål.

22. Det skal først bemærkes, at den nationale ret ikke generelt har stillet spørgsmål om, hvorledes ændringer i den gamle aftale påvirker aftalens foreløbige gyldighed. Det præjudicielle spørgsmål drejer sig snarere *kun* om ændringer, som ikke medfører en udvidelse eller en skærpelse af de konkurrencebegrænsende aftaler.

23. Free Record Shop er af den opfattelse, at den af Domstolen opstillede lære om foreløbig gyldighed kun har til formål at være en overgangsordning. Enhver ændring af den anmeldte gamle aftale bringer således den gamle aftales foreløbige gyldighed til ophør. En lignende holdning, der fører til samme resultat, indtager den franske regering. For så vidt KVB-reglementet — som den nationale ret har anført — er blevet ændret betydeligt i 1978 samt med virkning fra den 1. januar 1993, drejer det sig endvidere om en »ny« konkurrencebegrænsende aftale.

24. KVB og den nederlandske regering er derimod af den opfattelse, at den foreløbige gyldighed fortsat må være gældende ved senere ændringer af den gamle aftale, såfremt disse ændringer ikke medfører en udvidelse eller skærpelse af de konkurrencebegrænsende aftaler.

25. Efter Kommissionens opfattelse må der sondres mellem tre tilfælde [15]. Det første tilfælde er en ændring, som ændrer hovedindholdet af aftalen. Her drejer det sig i virkeligheden om en ny aftale. Den gamle aftale er ophørt med at eksistere, således at der ikke længere kan være tale om en foreløbig gyldighed. Såfremt ændringen derimod ikke berører hovedindholdet af den gamle aftale, opretholdes dennes foreløbige gyldighed. Selve ændringen berører kun den foreløbige gyldighed, såfremt aftalens konkurrencebegrænsende karakter ikke er blevet skærpet »mærkbart« i forhold til på tidspunktet for anmeldelsen af den gamle aftale. Er der

15 — Kommissionen henviser her til sin udtalelse i sag 106/79, Eldi Records, Sml. 1980, s. 1137. I denne sag havde Kommissionen faktisk den samme opfattelse (jf. navnlig s. 1143).

derimod sket en sådan skærpelse, beholder den gamle aftale den foreløbige gyldighed, men den udvides ikke til at omfatte ændringen.

26. Til besvarelse af det tredje præjudicielle spørgsmål har navnlig to af Domstolens domme betydning. I den i 1970 afsagte dom i Rochas-sagen [16] drejede det sig om konkurrencebegrænsende aftaler, som var blevet indgået i henhold til modellen i en standardaftale. I standardaftalen drejede det sig (muligvis) om en rettidigt anmeldt gammel aftale. Den nationale ret forelagde Domstolen det spørgsmål, om den foreløbige gyldighed af standardaftalen også kunne komme de aftaler, der var indgået på grundlag af denne, til gode. Domstolen udtalte, at »aftaler, som er indgået efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 17/62, og som er nøjagtige gentagelser af en standardaftale, der er indgået tidligere og behørigt anmeldt«, således nyder godt af den samme midlertidige gyldighed som denne [17].

27. Dommen i Eldi Records-sagen [18] fra 1980 kræver en nærmere betragtning, selv om det drejede sig om det samme reglement som i den foreliggende sag. Ifølge oplysninger fra den nationale domstol, hvor det som i det foreliggende tilfælde drejer sig om Arrondissementsrechtbank, Amsterdam, omfattede det i 1962 anmeldte reglement også tegneseriebøger. Disse varer var dog som følge af anmeldelsen midlertidigt blevet udelukket fra at være omfattet af reglementet. Domstolen udtalte, at det ikke påvirkede reglementets foreløbige gyldighed:

»Anmeldelsens retsvirkninger omfatter aftalens anvendelsesområde på det tidspunkt, da denne anmeldes. Såfremt disse retsvirkninger begrænses i det i ovennævnte spørgsmål nævnte tilfælde, ville dette være ensbetydende med at straffe kontrahenterne for frivilligt at have begrænset aftalens anvendelsesområde, hvilket strider mod konkurrencerettens ånd. Det fjerde spørgsmål må derfor besvares således, at en genoptagelse af en varegruppe, som var omfattet af en aftales anvendelsesområde, da aftalen blev anmeldt, men som senere efter aftale mellem kontrahenterne blev udelukket fra den pågældende aftale i et vist tidsrum, omfattes af den oprindelige anmeldelses retsvirkninger« [19].

28. Efter min opfattelse kan dette overføres til det foreliggende tilfælde. Såfremt en ændring af den anmeldte aftale også ville medføre, at den foreløbige gyldighed gik tabt, selv om denne ændring indeholder mindre indgribende konkurrencebegrænsninger, ville den pågældende blive frataget incitamentet til at foretage ændringer, der fremmer konkurrencen. Den »negative følge ville så være, at den pågældende ville undlade ændringer« [20]. Det ville faktisk — som Domstolen har formuleret det i Eldi Records-dommen — være vanskeligt at forene med »konkurrencerettens ånd« i Fællesskabet.

16 — Dom af 30.6.1970, sag 1/70, Sml. 1970, s. 85, org.ref.: Rec. s. 515.

17 — Jf. ovenfor i fodnote 16, præmis 6.

18 — Jf. ovenfor i fodnote 15.

19 — Jf. ovenfor i fodnote 15, præmis 16.

20 — Således ifølge Gleiss/Hirsch (Martin Hirsch og Thomas O. J. Burkert), *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, bind 1, 4. oplag, Heidelberg 1993, note 1741 til artikel 85.

Den opfattelse, der her slås til lyd for, er derimod i samklang med det fælles markeds krav, således som den nederlandske regering også har anført.

29. Den nederlandske regering har endvidere med rette påpeget, at den sondring, som ligger til grund for denne opfattelse, ligeledes kommer til udtryk i flere gruppefritagelsesforordninger. I artikel 1, stk. 5, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler [21], hedder det f.eks.:

»Fritagelsen efter stk. 1 gælder også, når parterne i deres aftaler fastsætter forpligtelser af samme art som de i stk. 1 nævnte, men med mere begrænset rækkevidde end den efter stk. 1 tilladte.«

30. De indvendinger, der er fremsat mod den her repræsenterede opfattelse, har ikke kunnet overbevise mig. Den franske regering henviser ganske vist med rette til »nødvendigheden af på den ene side at sikre et effektivt tilsyn og på den anden side at forenkle den administrative kontrol mest muligt« [22]. Anmeldelsen af konkurrencebegrænsende aftaler skal skaffe Kommissionen de oplysninger, den har brug for til at kunne foretage en prøvelse af foreneligheden af disse aftaler med artikel 85. Såfremt de af en sådan aftale omfattede konkurrencebegrænsninger blev mildnet ved en senere ændring, påvirker dette dog ikke Kommissionens opgave som tilsynsførende, da de oprindeligt anmeldte konkurrencebegrænsninger omfatter dem, der praktiseres på nuværende tidspunkt. Denne opfattelse har generaladvokat Capotorti ligeledes givet udtryk for i sit forslag til afgørelse i Eldi Records-sagen [23]. Som KVB i øvrigt har anført, ville det være alt andet end fremmende for en forenkling af administrationen, såfremt man i tilfælde af sådanne ændringer ville forlange, at aftalen hver gang blev anmeldt på ny.

31. Free Record Shop anfører, at det alligevel er Kommissionen, der har kompetence til at fastslå, at en ændring af den gamle aftale ikke har skærpet aftalens konkurrencebegrænsende indhold. Men såfremt Kommissionen har tid til at foretage denne prøvelse, ville den også samtidig kunne foretage en prøvelse af den gamle aftale i sin helhed, altså vedrørende spørgsmålet, om den er forenelig med traktatens artikel 85. Denne indvending hviler efter min opfattelse på en urigtig forudsætning. Kompetencen til at afgøre spørgsmålet om den foreløbige gyldighed af

21 — EFT L 31, s. 2.

22 — Jf. ordlyden af anden betragtning til forordning nr. 17.

23 — Forslag til afgørelse af 28.2.1980 i sag 106/79, Sml. s. 1151, på s. 1156.

en gammel aftale ligger ikke hos Kommissionen, men hos den nationale domstol, for hvilken spørgsmålet er blevet rejst. Denne domstol kan om nødvendigt i den forbindelse — for så vidt den nationale aftaleret ikke er til hinder derfor — henvende sig til Kommissionen med en anmodning om oplysninger vedrørende den administrative procedures praksis [24]. Desuden har den nationale ret mulighed for som i det foreliggende tilfælde at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål i henhold til EF-traktatens artikel 177.

32. Free Record Shop har dog ret i, at det ikke er tilstrækkeligt blot at påstå, at den omhandlede ændring ikke har skærpet den gamle aftales konkurrencebegrænsende karakter, for at den foreløbige gyldighed fortsat kan bestå. Den nationale domstol skal derimod være nået til den overbevisning, at den pågældende ændring rent faktisk ikke har medført nogen skærpelse. Bevisbyrden påhviler for så vidt den part, som påberåber sig den foreløbige gyldighed af den gamle aftale. Efter min opfattelse skal der her fastlægges en streng målestok.

Den nederlandske regering er af den opfattelse, at det af forelæggelsesdommen fremgår, at Arrondissementsrechtbank, Amsterdam, i det foreliggende tilfælde er nået til den konklusion, at ændringerne i KVB-reglementet »ikke havde bevirket nogen udvidelse eller styrkelse af den gamle aftale«. Det er der faktisk noget, der taler for. KVB har anført, at KVB-reglementet på grund af disse ændringer er blevet liberaliseret. Det skal dog endnu en gang understreges, at det påhviler den nationale ret at træffe denne afgørelse. Domstolen behøver ikke at gå nærmere ind på spørgsmålet i den foreliggende sag.

33. Free Record Shop anfører endvidere, at denne opfattelse, som de anfægter, ville medføre en utilladelig forskelsbehandling, da virksomheder, der indgik en »ny« kartelaftale, ikke kunne gøre krav på fordelen af den foreløbige gyldighed. Som det allerede er nævnt, er den foreløbige gyldighed af rettidigt anmeldte gamle aftaler, navnlig under hensyn til de for disse aftaler gældende særordninger, nødvendig for at sikre hensyn til retssikkerheden [25]. For konkurrencebegrænsende aftaler, der først er indgået efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 17, gælder dette ikke. Der foreligger derfor ingen forskelsbehandling, da forskellen i behandling er sagligt begrundet.

34. Endelig fører den af mig forsvarede opfattelse i modsætning til den franske regerings opfattelse heller ikke til, at sondringen mellem gamle aftaler og »nye« aftaler udviskes på uretmæssig vis. Min opfattelse er —

24 — Jf. meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1993 C 39, s. 6).

25 — Jf. ovenfor i punkt 13.

som jeg mener, jeg har påvist — mere i samklang med de relevante bestemmelsers ånd og formål.

35. Skønt det pågældende præjudicielle spørgsmål fra den nationale domstol således allerede kan besvares på grundlag af tidligere udtalelser, finder jeg det relevant i korthed at gå nærmere ind på den opfattelse, som Kommissionen har givet udtryk for. Også jeg er af den opfattelse, at den foreløbige gyldighed af en gammel aftale ophører, når hovedindholdet af aftalen ændres. Dette resultat nås i øvrigt også, når den af mig forfægtede opfattelse lægges til grund. Jeg er derimod ikke enig med Kommissionen, når den er af den opfattelse, at andre ændringer ikke berører de gamle aftalers foreløbige gyldighed. Også den opfattelse, at ændringer, som ikke skærper de gamle aftalers konkurrencebegrænsende karakter »mærkbart«, selv bliver omfattet af den foreløbige gyldighed, stiller jeg spørgsmålstegn ved, når henses til den fortolkning, Kommissionen tillægger dette begreb [26].

36. Efter min opfattelse bør der snarere anlægges en streng målestok her. Det følger af dommen i Rochas-sagen, hvorefter den foreløbige gyldighed af en standardaftale kun kommer de enkelte aftaler, der er indgået på grundlag heraf, til gode, såfremt de indholdsmæssigt nøje svarer til aftalen [27]. Domstolen har endnu en gang bekræftet denne restriktive udlægning i sin dom i Delimitis-sagen i 1991 [28]. Betragtningen forekommer mig også at være saglig korrekt. Såfremt parterne i en gammel aftale beslutter sig til senere at skærpe de i aftalen fastsatte konkurrencebegrænsninger, er der ingen grund til at give disse ændringer fordelen ved den foreløbige gyldighed. Jeg vil gerne gå et skridt videre: Sådanne ændringer får efter min opfattelse også den foreløbige gyldighed af den gamle aftale *i sin helhed* til at bortfalde. Ingen er tvunget til senere at skærpe de konkurrencebegrænsninger, der er fastsat i en gammel aftale. De, der alligevel gør det, handler for egen risiko. Retssikkerheden kræver efter min mening ikke, at den foreløbige gyldighed af den gamle aftale også i et sådant tilfælde opretholdes.

37. De konkrete omstændigheder i det foreliggende tilfælde illustrerer denne forskel i bedømmelsen. Kommissionen har sammenlignet den i år 1993 gældende version af KVB-reglementet med den i 1962 anmeldte version. Ifølge Kommissionen kan der kun konstateres én ændring, som gør reglementet »mærkbart« mere restriktivt. Til forskel fra tidligere gælder prisbindingen for bøger fra udlandet ikke længere kun for de bøger, for hvilke det udenlandske forlag har *fastsat* en

26 — Kommissionen mener, at den til støtte for sin opfattelse kan påberåbe sig den i artikel 15, stk. 5, litra a), i forordning nr. 17 indeholdte ordning. Efter denne bestemmelse kan Kommissionen ikke pålægge bøder for handlinger, som foretages efter, at anmeldelse er sket til Kommissionen, og inden denne træffer beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, »for så vidt de ligger inden for grænserne for den i anmeldelsen beskrevne erhvervsudøvelse«. Jeg kan ikke indse, hvorledes denne bestemmelse — som ovenfor i købet drejer sig om en anden problematik — kan være i modstrid med det af mig forfægtede synspunkt.

27 — Jf. ovenfor i punkt 26.

28 — Jf. ovenfor i fodnote 7, præmis 49.

udsalgspris, men også for dem, for hvilke forlaget kun har *fastsat en vejledende* pris. Om denne vurdering er korrekt, skal ikke undersøges her. Kommissionen når på grundlag af sine overvejelser til det resultat, at den foreløbige gyldighed af reglementet fortsat er gældende, men at den ikke omfatter anvendelsen på udenlandske bøger, for hvilke der er fastsat en vejledende pris. Efter min opfattelse ville det i et sådant tilfælde dreje sig om en ændring af en gammel aftale, hvis anvendelsesområde udvides til at omfatte andre forhold, og som dermed ville medføre en skærpelse af konkurrencebegrænsningerne. Det ville efter min mening medføre, at den foreløbige gyldighed af den gamle aftale *i sin helhed* bortfaldt. Hvis jeg ikke tager fejl, er det også den opfattelse, som generaladvokat Capotorti har slået til lyd for i Eldi Records-sagen [29].

C — Forslag til afgørelse

38. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at besvare de af Arrondissementsrechtbank, Amsterdam, forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»1) Den foreløbige gyldighed af en gammel aftale, som er blevet anmeldt til Kommissionen før den 1. november 1962, ophører først, når Kommissionen har udtalt sig (positivt eller negativt) om den. En sådan udtalelse foreligger også, såfremt Kommissionen i en administrativ skrivelse meddeler, at den har henlagt sagen uden at træffe nogen formel afgørelse.

2) Den foreløbige gyldighed omfatter tillige ændringer i den oprindeligt anmeldte gamle aftale, for så vidt disse ændringer ikke bevirker, at aftalens konkurrencebegrænsende virkninger skærpes eller udvides.«

29 — Jf. ovenfor i fodnote 23, s. 1156.