

ning, så længe Kommissionen ikke har truffet afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3 og bestemmelserne i nævnte forordning.

På grundlag af disse præmisser,

kender

DOMSTOLEN

vedrørende det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt den af Tribunal de Commerce, Bruxelles, ved kendelse af 18. februar 1969, for ret :

De i traktatens artikel 85, stk. 1 omhandlede aftaler har, såfremt de er behørigt anmeldt i henhold til forordning nr. 17/62, fuld retsvirkning, så længe Kommissionen ikke har truffet afgørelse i henhold til artikel 85, stk. 3 og bestemmelserne i nævnte forordning.

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. juli 1969.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT KARL ROEMER FREMSAT DEN 24. JUNI 1969

Høje Ret.

Med hensyn til den forelæggelsesprocedure, som vi i dag beskæftiger os med, er kendskab til følgende sagsforhold af betydning.

Sagsøgeren i hovedsagen, et belgisk handelselskab, sælger kontormaskiner og tilhørende materialer. — Efter mangeårige forretningsforbindelser, som den tidligere eneindehaver af det sagsøgende firma tilbage til 1973 havde haft til selskabet Marchant Calculating Machine Company, USA, og, efter sidstnævnte selskabs sammenslutning med firmaet Smith Corona, til firmaet Smith Corona Marchant Corporation, New York, blev der den 1. juli 1961 indgået en ny skriftlig aftale mellem sagsøgeren og et schweizisk datterselskab af førnævnte amerikanske selskab, nemlig SA Smith Corona Marchant International, Lausanne. Ifølge denne aftale opnår det sagsøgende firma

eneforhandlingsretten i Belgien og Luxembourg for bestemte regne- og skrivemaskiner, der fremstilles eller forhandles af dets aftalepartner. Hvis disse produkter leveres af det sagsøgende firmas aftalepartner, af et af dennes filialer eller af andre eneforhandlingsberettigede på det område, der er tillagt det sagsøgende firma, har dette krav på provision fra leverandøren. Det sagsøgende firma er forpligtet over for sin aftalepartner til at opbygge et forhandlemet, til at yde service til kunderne, til at give garanti og til at opretholde et lager. — Begge parter anmeldte aftalen til Kommissionen den 31. januar 1963, dvs. inden for den i artikel 5, stk. 1 i forordning nr. 17 fastsatte frist.

Da firmaet Smith Corona Marchant International, Lausanne, også begyndte at fremstille, henholdsvis forhandle elektrokopimaskiner, overlod det ligeledes eneforhandlingen af disse for Belgien og Luxembourg til

det sagsøgende firma. Dette skete, uden at listen over de af aftalen af 1961 omfattede varer blev udvidet. Der blev ikke foretaget nogen anmeldelse herom til Kommissionen.

Den 6. oktober 1966 opsigte det schweiziske selskab kontraktsforholdet, for så vidt det angik elektrokopimaskiner, i henhold til den i aftalen af 1. juli 1961 indeholdte opsigelsesklausul — under iagttagelse af den aftalte opsigelsesfrist på 90 dage — medens aftalen i øvrigt forblev i kraft.

Den 4. og 5. september 1967 anlagde firmaet Portelange, der mener, at den førnævnte frist er for kort, og at opsigelsen af kontraktsforholdet strider mod den belgiske lov af 27. juli 1961¹ om ensidig opsigelse af eneforhandlingsaftaler, sag ved Tribunal de Commerce i Bruxelles. Sagsanlægget er ikke kun rettet mod SA Smith Corona Marchant International i Lausanne men også mod tre andre selskaber (med sæde i Frankfurt, New York og Bruxelles), der står i et afhængighedsforhold til hinanden og til førstnævnte sagsøgte moderselskab — datterselskab, filial — filial). Disse selskaber har ifølge det sagsøgende firmas oplysninger været fælles om opfyldelsen af den med dette firma indgaaede aftale og er derfor alle forpligtet over for det. — Med sagsanlægget tilsigtes en konstatering af, at den med det sagsøgende firma indgaaede eneforhandlingsaftale er opsagt med utilstrækkelig opsigelsesfrist og uden erlæggelse af en erstatning. Endvidere påstår det sagsøgende firma de sagsøgte selskaber dømt til at betale forskellige erstatningsbeløb og til at tage maskiner og andre produkter tilbage. — Desuden indeholder stævningen påstande, der ikke er af interesse for den foreliggende retssag. De grunder sig på den hævdede illoyale konkurrence og går ud på, at de sagsøgte selskaber dømmes til levering af reservedele, at det fastslås, at visse aftalte konkurrenceforbud skal anses for bragt til ophør på grund af de sagsøgte selskabers misligholdelse, og at der tilkendes skadeserstatning. De sidstnævnte påstande har forbindelse med det sagsøgende firmas anbringende om, at selskabet Smith Corona Marchant Belgium efter den førnævnte opsigelse af kontraktsforholdet har opbygget sin

egen salgsorganisation i Belgien. De støttes endvidere på forhandlinger, der på dette tidspunkt fandt sted mellem parterne, og som — efter det sagsøgende firmas opfattelse — medførte bestemte forpligtelser for de sagsøgte selskaber (til levering af reservedele og andre produkter såvel som til undladelser af at give tilbud til det sagsøgende firmas kunder).

For Domstolen er det af betydning, at de sagsøgte selskaber over for hovedpåstanden om skadeserstatning på grund af kontraktsbrud har anført, at den af det sagsøgende firma påberåbte aftale er ugyldig, da den er uforenelig med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Dette imødegik det sagsøgende firma blandt andet med den bemærkning, at artikel 85, stk. 1 ikke finder anvendelse, fordi aftalen ikke angår et lukket eneforhandlingsystem. I hvert fald er den blevet anmeldt rettidigt til Kommissionen, således at der i overensstemmelse med Domstolens dom i sagen Bosch ikke består nogen tvivl om dens foreløbige gyldighed.

Sidstnævnte opfattelse forekommer åbenbart Tribunal de Commerce relevant. Under hensyn til den omfattende diskussion om, hvad der skal forstås ved foreløbig gyldighed, anser retten i Bruxelles det for formålstjenligt ikke selv at afgøre dette spørgsmål. — Ved kendelse af 18. februar 1969 udsatte den domsafsigelsen og forelagde i medfør af EØF-traktatens artikel 177, stk. 2 Domstolen følgende spørgsmål:

»Hvordan skal EØF-traktatens artikel 85 og dennes gennemførelsesforordninger fortolkes i henseende til virkningerne af den foreløbige gyldighed af aftaler, som rettidigt er anmeldt til Kommissionen for Det europæiske økonomiske Fællesskab før indledningen af den i artikel 9 i EØF-Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 omhandlede procedure?»

Samtidig tillod den belgiske ret det sagsøgende firma at føre bevis for den af dette hævdede illoyale adfærd fra de sagsøgte selskabers side — hvad der imidlertid ikke er af større interesse.

¹ — Loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

Det i hovedsagen sagsøgende firma og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har afgivet skriftlige indlæg vedrørende anmodningen om fortolkning. I den mundtlige forhandling deltog desuden de i hovedsagen sagsøgte selskaber.

Herefter rejser der sig for os det spørgsmål, hvilket svar Domstolen skal give Tribunal de Commerce i Bruxelles.

Retlig bedømmelse

1. Væsentlig synes først og fremmest Kommissionens bemærkning om, at spørgsmålet om den foreløbige gyldighed af gamle aftaler, der er behørigt anmeldt, ikke vedrører bedømmelsen af det tilfælde, som den forelæggende domstol skal afgøre. Kommissionen helliger begrundelsen for denne opfattelse to tredjedele af sit skriftlige indlæg.

I nærværende sag rejser der sig ligeledes det spørgsmål, om en besvarelse af den til Domstolen indgivne forespørgsel er nødvendig for, at den nationale ret kan afsige dom. Domstolen har stede i sin hidtidige retspraksis energisk vægret sig ved at tage stilling hertil; kun i dommen i retssagen 13/68 (Samling af Domstolens Afgørelser 1965 — 1968, s. 553) findes — som jeg allerede nylig har fremhævet — antydningen af en beredvillighed til at opgive dette synspunkt under bestemte forudsætninger. I den nævnte dom tales der nemlig om en *åbenbart fejlagtig* påberåbelse af den bestemmelse, der skal fortolkes, og derved tilkendegives det, at Domstolen i et sådant tilfælde vil kunne vægre sig ved at foretage den ønskede fortolkning.

Det foreliggende tilfælde forekommer mig nu særligt egnet til at bringe denne opfattelse i anvendelse. Efterprøvningen af, om spørgsmålet er af betydning for tvistens afgørelse, kan nemlig støttes på faktiske omstændigheder, som den forelæggende domstol selv har oplyst, såvel som på faktiske omstændigheder, som Kommissionen anfører (og som den ved særlig pålidelig besked om). Endvidere nødvendiggør efterprøvningen ingen overvejelser vedrørende national ret, det vil sige indtrængen på et område, der principielt er lukket for Domstolen, idet det tværtimod er tilstrækkeligt at anstille betragtninger vedrørende fællesskabsretten.

Det afgørende udgangspunkt for det sagsøgende firmas argumentation og den forelæggende domstols opfattelse er — som jeg allerede har nævnt — den bekendte Bosch-dom, det vil sige afgørelsen i sagen 13/61 (Samling af Domstolens Afgørelser 1954 — 1964, s. 293). I denne dom hedder det bl. a.: »Med hensyn til de aftaler og vedtagelser, som bestod ved forordningens ikrafttræden« (det drejer sig om forordning nr. 17), »indtræder ugyldigheden ikke, blot fordi de falder ind under artikel 85, stk. 1; disse aftaler og vedtagelser skal betragtes som gyldige, når de falder ind under forordningens artikel 5, stk. 2. De skal betragtes som *foreløbigt gyldige*, når de, uden at henhøre under denne bestemmelse, er anmeldt til Kommissionen i henhold til forordningens artikel 5, stk. 1«. — Skal der hertil, dvs. til begrebet foreløbig gyldighed, gives en nærmere forklaring, hvad mange som bekendt anser for ønskværdigt), må to betingelser ifølge den citerede tekst være opfyldt. Det skal dreje sig om et såkaldt *gammelt* kartel, dvs. en aftale der allerede bestod, da forordning nr. 17 trådte i kraft (den 13. marts 1962), og dens *anmeldelse* til Kommissionen må være sket rettidigt. Anmeldelsen er kun unødvendig (i henhold til artikel 5, stk. 2 i forordning nr. 17) i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 4, stk. 2, dvs. under forudsætninger der, ifølge retten i Bruxelles og Kommissionen, klart ikke er opfyldt i den tvist, der verserer for nævnte ret.

Hvad angår det foreliggende tilfælde, fremgår det af sagsforholdet, at der mellem det sagsøgende firma og de sagsøgte selskaber i 1961 blev indgået en eneforhandlingsaftale, og at denne blev anmeldt rettidigt (nemlig den 31. januar 1963) til Kommissionen. Følgende er imidlertid af betydning: ved aftalen blev benyttet en kontraktsformular, ifølge hvilken de produkter, som aftalen angår, skal beskrives nøjagtigt. I 1961 drejede det sig udelukkende om bestemte typer af regne- og skrivemaskiner. — Det lader til, at parterne senere enedes om at udvide varelisten, men uden at aftalens tekst blev ændret; det sagsøgende firma fik ligeledes tildelt eneforhandlingsretten for elektropimaskiner. Der synes ikke at herske fuldstændig klarhed over, hvornår dette skete. Forelæggelseskendelsen nævner ingen dato; Kommissionen mener at kunne

udlede af procesmaterialet, at udvidelsen af listen først skete efter den 31. januar 1963, hvorimod det sagsøgende firma under den mundtlige forhandling har henvist til, at det allerede i oktober 1962 fik leveret elektrokopimaskiner. Dette punkt som den nationale dommer må opklare, kan Domstolen lade stå åbent. For fællesskabsretten er det alene af betydning, at udvidelsen af den oprindelige aftale må anses for en tillægskontrakt, der ligeledes burde have været anmeldt. Ifølge Kommissionens opfattelse, som jeg anser for rigtig, er det nemlig konkurrenceretligt nødvendigt at vurdere tillægsaftalen selvstændigt, fordi det ikke kan siges, at de af den omfattede produkter sammen med de i den oprindelige aftale nævnte produkter udgjorde et enhedsmarked. Egentlig er det uden videre indlysende, at kundekredsen for skrive- og regnemaskiner ikke ubetinget falder sammen med kundekredsen for elektrokopimaskiner. Det er derfor ikke muligt for Kommissionen på grundlag af den først anmeldte aftale at bedømme muligheden for at indrømme en undtagelse for den senere tillægsaftale. Men det er netop denne tillægsaftale, der foreligger for den nationale dommer, thi kun denne aftale blev opsagt af den sagsøgte part, og det er kun på grundlag af dens ophør, at det sagsøgende firma kræver skadeserstatning.

Således trænger i virkeligheden Kommissionens konklusion sig på: på grundlag af de faktiske omstændigheder, der er af interesse for Domstolen, kan det sandsynligvis ikke hævdes, at det drejer sig om en *gammel* aftale, der allerede bestod, da forordning nr. 17 trådte i kraft. Det er dog sikkert, at denne aftale ikke er blevet anmeldt, thi anmeldelsen — for hvilken formular B i Kommissionens forordning nr. 27 af 3. maj 1962 foreskriver en nøjagtig beskrivelse af de omfattede produkter — kan ikke anses for at være sket ved meddelelsen af 31. januar 1963, der ikke udtrykkeligt nævner elektrokopimaskiner. Dermed står det imidlertid fast, at det af den nationale dommer forelagte spørgsmål med sikkerhed er uden betydning for afgørelsen af den sag, han behandler. Under hensyn til de i dommen i sagen Salgoil nævnte principper må forelæggelsen altså afvises.

2. Man kommer til det samme resultat, hvis man undersøger den omhandlede tillægsaftale

inden for rammerne af artikel 4, stk. 1 i forordning nr. 17 eller inden for rammerne af forordning nr. 67/67.

a) Artikel 4, stk. 1 i forordning nr. 17 vedrører aftaler, der er indgået, *efter* at forordning nr. 17 trådte i kraft. De skal ligeledes anmeldes for at opnå fritagelse, hvis ikke artikel 4, stk. 2 finder anvendelse (hvilket i det foreliggende tilfælde — som allerede nævnt — med sikkerhed kan udelukkes). En fritagelse er herefter mulig med tilbagevirkende kraft anmeldelsens tidspunkt (artikel 6 i forordning nr. 17). Således kan spørgsmålet om den foreløbige gyldighed også opstå for sådanne aftaler.

I det foreliggende tilfælde spiller det imidlertid ingen rolle, fordi der — som Domstolen ved — ikke er sket *anmeldelse* af den nye aftale. Herefter kommer en undtagelse ikke på tale for perioden forud for opsigelsen af den aftale, hvis misligholdelse påberåbes som grundlag for erstatningskrav.

b) Hvad angår forordning nr. 67/67, der undtager visse kategorier af aftaler, kan den også angå aftaler, der — som tillægsaftalen i det foreliggende tilfælde — er indgået før forordningens ikrafttræden. Men undtagelsen gælder — når de i forordning nr. 67 foreskrevne betingelser er opfyldt — tidligst fra anmeldelsesdatoen (artikel 4, stk. 2). Hvis de i forordning nr. 67 foreskrevne betingelser ikke er opfyldt, men der senere sker en tilpasning hertil, har erklæringen om uanvendelighed i henhold til artikel 85, stk. 3 ligeledes kun virkning fra aftalens anmeldelsesdato.

Men da tillægsaftalen i det foreliggende tilfælde ikke er blevet anmeldt, finder forordning nr. 67/67 — som Kommissionen med rette fremhæver — ikke anvendelse.

3. Ifølge det foregående bør den nationale dommer under alle omstændigheder på grundlag af sagsforholdet (dvs. efter en uddragning af meningsfulde spørgsmål heraf) gøres opmærksom på, at den manglende anmeldelse af aftalen ikke nødvendigvis medfører, at denne er ugyldig, og således udelukker at den kan gøres til genstand for sagsanlæg. Det afgørende spørgsmål burde snarere være, om artikel 85, stk. 1 overhovedet er anvendelig (thi nødvendigheden af en undtagelse og af anmeldelsen afhænger heraf).

Kommissionen hævder med rette herom, at det kan tænkes, at eneforhandlingsaftaler af den foreliggende art medfører en begrænsning af konkurrencen og øver indflydelse på den mellemstatslige handel. Dette er især rigtigt med hensyn til den klausul i aftalen, ifølge hvilken andre handlende kan sæge i det tilståede område men med pligt til at betale eneforhandleren provision. Denne klausul kan i virkeligheden medføre, at andre handlende ikke er interesseret i sådanne aftaler, dvs. at forbrugernes mulighed i det koncessionerede område for at købe fra anden side er begrænset.

I øvrigt skal der erindres om Kommissionens og Domstolens praksis, ifølge hvilken kun *mærkbare* begrænsninger af konkurrencen og påvirkninger af handelen er relevante for artikel 85, stk. 1. Som det fremgår af Domstolens retspraksis, besvares spørgsmålet om mærkbarhed under hensyntagen til »arten og mængden af de varer, der er omfattet af aftalen«, til leverandørens og eneforhandlerens stilling på markedet for disse varer såvel som til stregheden af de klausuler, der skal beskytte eneforhandlingsretten. — Især vedrørende sidstnævnte punkt kan nu det forhold, at den omhandlede eneforhandlingskontrakt bestemmer, at andre leverandører kun skal betale en forholdsvis *ringe* provision, spille en rolle. Provision varierer mellem 15 % og 5 % og forfalder kun til betaling, hvis det sagsøgende firma inden for bestemte korte frister, efter at de sagsøgte selskaber har foretaget fakturering, giver disse underretning herom. Under disse omstændigheder forstår man, hvorfor det sagsøgende firma hævder, at det kun drejer sig om en rimelig kompensation for eventuelle ydelser af garanti, om leverandøren løses fra til skade for eneforhandleren. Man kan ligeledes konkludere heraf, at klausulen om provision ikke eller med ringe sandsynlighed vil øve indflydelse på konkurrenternes handelsmæssige dispositioner uden for eneforhandlingsområdet, og at den ikke vil hindre parallelimport og altså ikke medføre en *mærkbar* påvirkning af handelen mellem staterne. Den nationale dommer må bedømme, hvordan det forholder sig hermed i enkeltheder. Efter en grundig undersøgelse af alle de faktiske omstændigheder kan han således — i strid med den opfattelse, han hidtil har hævdet, at der foreligger fuldstændig eneforhandling for det

sagsøgende firma — nå til det resultat at hindringen for handelen i virkeligheden er yderst ringe. Muligvis finder artikel 85, stk. 1 derefter slet ikke anvendelse, aftalen er gyldig trods manglende anmeldelse, og fællesskabsretten udelukker ikke, at der kan støttes retskrav på den.

4. Hvis Domstolen til trods for den her givne utvetydige bedømmelse af fortolkningsanmodningens nødvendighed alligevel vil efterprøve det forelagte spørgsmål, skal følgende bemærkes.

Efter afsigelsen af dommen i sagen Bosch er der gjort mange forsøg på at definere begrebet »foreløbig gyldighed«. Det er kommet til udtryk i en række nationale domme og i en omfangsrig litteratur, uden det dog har ført til noget entydigt resultat. — På den ene side af den brede skala over mulige løsninger befinder sig tilhængerne af en restriktiv fortolkning. For dem står *forbudet* i artikel 85, stk. 1 som midtpunkt for overvejelserne, og de mener, at det skal tillægges forrang ved bedømmelsen. Selvfølgelig går de dog ikke så vidt som at antage absolut ugyldighed af aftaler, der er anmeldt og vil kunne fritages, før Kommissionen har truffet afgørelse vedrørende muligheden af en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, eventuelt med tilbagevirkende kraft. De indrømmer desuden, at en aftale kan gennemføres frivilligt, og anerkender endog en vis forpligtelse for parterne i den betydning, at de skal medvirke til opnåelsen af en fritagelse og undlade alt, hvad der kan forhindre en sådan fritagelse. En gennemtvængelse af anmeldte aftaler ved domstolene forekommer dem dog under alle omstændigheder udelukket, for den tanke, at en statslig myndighed kan tvinge en procespart til en adfærd, der — hvad senere kan vise sig — strider mod et offentligretligt forbud, er utålelig for dem. Som følge heraf udelukker tilhængerne af dette synspunkt søgsmål om opfyldelse af en aftale, hhv. om skadeserstatning på grund af manglende opfyldelse og søgsmål mod tredjemænd om undladelser eller ydelser af skadeserstatning. Ifølge deres opfattelse har en domstol, der har fået forelagt en aftale med foreløbig gyldighed, kun mulighed for at undgå faren for indbyrdes modstridende afgørelser ved at udsætte sagen (hvis ikke netop artikel 9, stk. 3 i forord-

ning nr. 17 også påberåbes for domstole, hvad dog ikke altid sker og allerede derfor ikke kommer i betragtning i det foreliggende tilfælde, da der ifølge Kommissionens indlæg endnu ikke er blevet indledt en procedure ved denne). — En smule mindre streng er opfattelsen hos dem, der i det mindste (også selv om det sker med forskellig betoning af nødvendigheden af tilbageholdenhed) tillader brugen af *foreløbige* retsforanstaltninger eller endog *bestemte slags* søgsmål (f. eks. undladelleskrav mod tredjemænd, når det med henblik på krav om skadeserstatning anses for nødvendigt at udsætte sagen). — På den anden side af skalaen over mulige løsninger findes endelig det synspunkt, at foreløbig gyldighed betyder, at de omtalte aftaler foreløbig har fuld retsvirkning med mulighed for retslig gennemtvangelse ved søgsmål. Der tales om »svævende virkning«, »formodning om gyldighed«, »ophævende betinget virkning« eller om, at aftalerne er gyldige, *indtil* Kommissionen har truffet afgørelse. I tilfælde af en efterfølgende nægtelse af undtagelse skal der ifølge denne opfattelse ske kompensation gennem søgsmål om skadeserstatning eller om tilbagebetaling til fordel for den part, der har påberåbt sig ugyldigheden.

Det sagsøgende firma slutter sig også til den sidstnævnte opfattelse. Kommissionen og de i hovedsagen sagsøgte selskaber går derimod ind for den først omtalte restriktive fortolkning, for Kommissionens vedkommende navnlig under henvisning til, at der ifølge forordning nr. 17 skal gås ud fra, at forbudet i artikel 85, stk. 1 fortsat består trods anmeldelse af en aftale, også uden Kommissionens forudgående afgørelse, som det fremgår af artiklerne 1, 6, 7 og 15 såvel som af artikel 4 i forordning nr. 19/65 og af artiklerne 4 og 5 i forordning nr. 67/67. Antagelsen af en civilretlig gyldighed er ikke forenelig med denne konstatering, tværtimod må der tales om en svævende tilstand, en svævende ugyldighed.

På baggrund af disse uoverensstemmelser er den opgave, der er stillet Domstolen, sandelig ikke let, og dette så meget mindre, som der kan fremføres gode grunde for begge de nævnte opfattelser.

Søger man en løsning af problemet, kan der næppe udledes noget afgørende element af

ordlyden af den i dommen i sagen Bosch anvendte formulering, selv om det må indrømmes, at den synes at sætte tanken om gyldighed i forgrunden. Dette kan hævdes, fordi der ikke tales om »svævende virksomhed« henholdsvis — hvad der svarer hertil — »validité imparfaite«. — Henvisningen til beslægtede fænomener på andre retsområder er heller ikke frugtbringende. Dette kan anføres over for dem, der tænker på retten til anfægtelse i den tyske civilret, dvs. den privatretlige beføjelse til at annullere fuldt ud gyldige aftaler med tilbagevirkende kraft, når bestemte betingelser er opfyldt. Især bliver det herimod indvendt, at man på denne måde når til en ordning med legale undtagelser, til antagelsen af en almindelig beføjelse for Kommissionen til at gribe ind, dvs. til et resultat, der ikke er sammenfaldende med det kompromis, som mange vil se i ordningen efter forordning nr. 17. — Når der i øvrigt henvises til bestemte tilfælde af svævende virksomhed (f. eks. ved administrativ godkendelse af ejendomshandler eller inden for rammerne af den tyske kartelret), kan det her overfor anføres, at en overførelse på fællesskabets kartelret er umulig, allerede fordi — som Kommissionen selv indrømmer det — der i sidstnævntes forvaltningspraksis hengår væsentligt længere tid, før der kan tages stilling til anvendelsen af artikel 85, stk. 3.

Forsøget med at finde en løsning må begynde med en undersøgelse af det fællesskabsretlige system. Ifølge dette synes det sikkert, at den opfattelse, hvorefter forbudet i artikel 85, stk. 1 har *forrang* i konkurrenceretten, ikke fortjener nogen anerkendelse. Vedrørende dette forhold har Domstolen gentagne gange fastslået, at stk. 1 og 3 i artikel 85 udgør en enhed. Tilsvarende nævner stk. 2 de »i medfør af denne artikel« (altså i medfør af det samlede indhold af artikel 85) forbudte aftaler og deres ugyldighed. Der kan ligeledes henvises til artikel 1 i forordning nr. 17, ifølge hvilken aftaler osv af den i traktatens artikel 85, stk. 1 omhandlede art er forbudt, uden at der hertil kræves nogen forudgående afgørelse, og som slutter med ordene »med forbehold af bestemmelserne i artiklerne 6, 7 og 23 i denne forordning«. Mange udleder heraf, at forbudet er afhængigt af, at artikel 85, stk. 3 ikke finder anvendelse. — På grundlag af dette mener jeg, at de, der kun tillader en

frivillig gennemførelse af anmeldte aftaler og til nød vil anerkende en forpligtelse for aftaleparterne i det af Kommissionen angivne omfang, ikke når op over det ifølge fællesskabsrettens ordning nødvendige minimum. De må kunne indse, at det ifølge artikel 1 i forordning nr. 27 er tilstrækkeligt, at aftalen anmeldes af en af deltagerne i aftalen (dvs. at den af Kommissionen i denne sammenhæng omtalte pligt for parterne til at medvirke næppe kan have stor betydning). Det må yderligere imødegås med, at anmeldte aftaler frivilligt kan gennemføres, allerede fordi en pålæggelse af bøder er udelukket ifølge artikel 15, stk. 5 i forordning nr. 17. Til begrundelse for sådanne retsvirkninger synes det ikke påkrævet at indføre det civilretlige begreb foreløbig gyldighed, der faktisk afføder videregående associationer.

Som Steindorff¹ træffende fremhæver det, udgør dette begreb i virkeligheden resultatet af en retsskabende akt fra Domstolen. Derfor må det være Domstolens opgave med udgangspunkt i de i dommen i sagen Bosch indeholdte væsentlige tanker at søge en fornuftig videreudvikling og derved særlig tage den juridiske virkelighed, der i mellemtiden er dannet, i betragtning. — Følgende konstateringer i dommen i sagen Bosch bør især fremhæves. Domstolen understreger først, at den blotte eksistens af artiklerne 88 og 89 ikke tillader den slutning, at artikel 85 har fuld virkning fra traktatens ikrafttræden, og at den i stk. 2 i denne artikel nævnte ugyldighed indtræder i alle de tilfælde, som falder ind under definitionen i stk. 1, og for hvilke der endnu ikke er afgivet en erklæring efter stk. 3. Ifølge Domstolens opfattelse må forfatterne til forordning nr. 17 ligeledes have forudset, at der på tidspunktet for dennes ikrafttræden ville bestå karteller, som artikel 85, stk. 1 ville finde anvendelse på, men om hvilke der endnu ikke ville være truffet nogen beslutning i henhold til stk. 3, uden at kartellerne af den grund ville være ugyldige eo ipso. »En modsat fortolkning«, således fortsætter Domstolen, »ville føre til den uantagelige konsekvens, at visse karteller først havde været ugyldige igennem flere år, uden at nogen myndighed på noget tidspunkt havde fastslået denne ugyldighed«. Med hensyn til de aftaler, som bestod ved forordningens ikraft-

træden, indtræder ugyldigheden ikke — ifølge Domstolen — blot fordi de falder ind under artikel 85, stk. 1. »... Disse aftaler og vedtagelser«, hedder det videre i dommen, »skal betragtes som gyldige, når de falder ind under forordningens artikel 5, stk. 2; ... de skal betragtes som foreløbigt gyldige, når de, uden at henhøre under denne bestemmelse, er anmeldt til Kommissionen i henhold til forordningens artikel 5, stk. 1«. Endelig udleder Domstolen også af artikel 7 i forordning nr. 17, at der ikke indtræder ugyldighed for de aftaler og vedtagelser, som er anmeldt til Kommissionen, så længe denne ikke har truffet afgørelse herom, eller så længe medlemsstaternes myndigheder ikke har erklæret, at artikel 85 finder anvendelse. — Alt dette tydeliggør ifølge min opfattelse dommens grundlæggende tendens, dvs. at trænge forbudsvirkningerne af artikel 85 tilbage og tillæge begrebet gyldighed forrang. For gamle karteller — som det ifølge domstolen i Bruxelles alene drejer sig om i det foreliggende tilfælde — er det især af betydning at skabe en hensigtsmæssig overgangsordning og at tydeliggøre en tilsvarende hensigt hos lovgiveren. Ifølge almindelige retsgrundsætninger betyder dette imidlertid, at den retstilstand, der havde dannet sig i henhold til retsreglerne, før forordning nr. 17 trådte i kraft, principielt skal opretholdes, med andre ord at bestående aftaler er retligt gyldige. Derimod synes det ikke forsvarligt at antage, at denne retstilstand, da forordning nr. 17 trådte i kraft, blev forvandlet til en »svævende tilstand« (som Kommissionen forstår det), der kun tillader den frivillige gennemførelse af aftaler på parternes egen risiko og dette tilmed for de forholdsvis uskadelige aftaler, der ikke er anmeldelsespligtige. Dette ville i virkeligheden være uforeneligt med de krav om retssikkerhed, der ligeledes omtales i dommen i sagen Bosch, og som det i hovedsagen sagsøgende firma med eftertryk har henvist til. Efter min mening kræver dette punkt ikke yderligere forklaringer i betragtning af de objektive vanskeligheder, der trækker Kommissionens forvaltningsprocedure betragteligt i langdrag, og som medfører, at Kommissionen endnu ikke i dag har taget stilling til en række aftaler, der er blevet rettidigt anmeldt.

1 — Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1964, s. 104.

Men hvis alle disse overvejelser taler for at tillægge tanken om vedvarende gyldighed forrang med hensyn til rettidigt anmeldte gamle karteller, må det ikke alene være tilladt at beskytte disse ved hjælp af foreløbige retsforanstaltninger, men det synes også rimeligt at tillade, at der på grundlag af den foreløbige gyldighed anlægges søgsmål om skadeserstatning mod parter, som misligholder en sådan aftale (øjensynligt drejer hovedsagen for domstolen i Bruxelles sig alene herom). Egentlig står Domstolen over for nødvendigheden af at foretage en interesseafvejning. På den ene side skal der derved tages stilling til interessen i gennemførelsen af gyldigt indgåede aftaler, hvis krænkelse ofte medfører et helt systems definitive sammenbrud. På den anden side finder vi den almindelige interesse, som består i en opretholdelse af konkurrencereglerne, men som alligevel påvirkes af den af alle anerkendte mulighed for frivilligt at gennemføre aftaler. Hvis man endelig endnu en gang tænker på, at faren for en alvorlig forstyrrelse på konkurrenceretten som følge af anmeldelsen af aftaler, der klart ikke kan

fritages, kan afværges ved Kommissionens meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17 (dvs. ved foranstaltninger, der med sikkerhed fører til en udsættelse af sagsbehandlingen for den nationale ret), synes resultatet af interesseafvejningen at være ganske entydigt. I virkeligheden forekommer det i det tilfælde, hvor fritagelsen senere nægtes, mere passende at henvise den, der har opsagt en kontrakt, til at anlægge sag om kompensation end at udsætte den part, der har overholdt kontrakten, for risikoen for et uopretteligt tab gennem en udelukkelse fra at få aftalen gennemtvunget ved domstolene.

Mit synspunkt er således klart; ifølge Fælleskabets konkurrenceretlige system, således som det er udtrykt i forordning nr. 17, og under hensyn til grundtankerne i dommen i sagen Bosch skal begrebet foreløbig gyldighed fortolkes således, at det indebærer, at der på grundlag af behørigt anmeldte gamle karteller kan fremsættes krav om skadeserstatning mod parter, der misligholder aftaler.

5. S a m m e n f a t n i n g

Ifølge ovenstående bør det af Tribunal de Commerce i Bruxelles forelagte spørgsmål besvares således:

Efter min opfattelse bør anmodningen om fortolkning afvises, fordi det rejste spørgsmål åbenbart er uden betydning for afgørelsen af den nationale tvist.

Hvis spørgsmålet alligevel skal besvares, bør det fastslås, at den foreløbige gyldighed af et behørigt anmeldt gammelt kartel indebærer, at der kan fremsættes krav om skadeserstatning mod den part i aftalen, der har hævet denne under henvisning til artikel 85.