

RÅDGIVENDE UTTALELSE FRA DOMSTOLEN

1 april 1998*

(Konkurransen – Distribusjonssystem for motorkjøretøyer – Forenlighet med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 – Opptak i systemet – Ugyldighet)

I sak E-3/97

ANMODNING til Domstolen om rådgivende uttalelse i medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Nedre Romerike herredsrett i saken for denne domstol mellom

Jan og Kristian Jæger AS

Støttet av **Norges Bilbransjeforbund**

og

Opel Norge AS

om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

DOMSTOLEN,

sammensatt av: President Bjørn Haug og dommerne Thór Vilhjálmsson og Carl Baudenbacher (saksforberedende dommer),

Justissekretær: Asle Aarbakke, juridisk sekretær

* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- saksøker, representert ved advokat Pål Magne Bakka, Advokatfirmaet Harris, Bergen;
- saksøkte, representert ved advokat Jon Lyng, Advokatfirmaet Lyng & Co., Oslo;
- Den norske regjering, representert ved Hege M. Hoff, Utenriksdepartementet, som partsrepresentant;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Rolf Helmich Pedersen, saksbehandler, Avdelingen for juridiske saker og eksekutivesaker, som partsrepresentant;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt de muntlige innleggene fra saksøker, saksøkte, Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap under høringen den 19 februar 1998,

gir slik

Rådgivende uttalelse

Fakta og prosedyre

- 1 Ved en beslutning datert 2 september 1997, mottatt ved Domstolen den 8 september 1997, har Nedre Romerike herredsrett anmodet om en rådgivende uttalelse i en sak innbrakt for denne av Jan og Kristian Jæger AS, saksøker, mot Opel Norge AS, saksøkte. Saken gjelder avslaget på å godkjenne en ny forhandler for Opel-biler i Norge.
- 2 Saksøker, Jan og Kristian Jæger AS (heretter "Jæger"), er et heleiet datterselskap av Jæger-gruppen AS ("Jæger-gruppen"). Jan og Kristian Jæger er aksjonærer i Jæger-gruppen, som er en betydelig kjøper og forhandler av forskjellige merker av motorkjøretøyer, innbefattet Toyota, BMW, Rover og Land Rover.

- 3 Saksøkte, Opel Norge AS ("Opel"), eies i sin helhet av General Motors Co. i De forente stater. Det har 53 uavhengige forhandlere i Norge. En standard forhandleravtale er inngått med forhandlerne, vanligvis for fem år om gangen. Disse avtalene er så langt som mulig i overensstemmelse med Opels standard europeiske forhandleravtale.
- 4 Den 13 desember 1995 reiste Jæger AS sak mot Opel med påstand om at Opel hadde inngått en forhandleravtale med det eller, subsidiært, at Opel var forpliktet til å gjøre det. Norges Bilbransjeforbund erklærte seg som intervenient til støtte for Jæger ved prosesskrift av 9 desember 1996.
- 5 Under behandlingen av tvisten i Nedre Romerike herredsrett, er det oppstått uenighet om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Spørsmålet er om bestemmelsen setter forbud mot visse vilkår i en forhandleravtale om motorkjøretøyer.
- 6 Våren 1994 innledet Jan og Kristian Jæger forhandlinger med Opel om opprettelsen av en ny Opel-forhandler i Bergensregionen.
- 7 På et møte i mai 1994 ble partene enige om at en slik forhandlervirksomhet skulle innehas av et nytt selskap med sin egen ledelse og styre, uavhengig av de andre selskapene i Jæger-gruppen, og holde til i lokaler som var atskilt fra lokaler til de andre selskapene i den gruppen.
- 8 Det fant sted en brevveksling mellom Jan Jæger på den ene siden og Opel på den annen vedrørende aksjonærstrukturen i det nye selskapet. Et nytt møte ble holdt den 9 mai 1995. Etter dette møtet ba Opel Jan og Kristian Jæger om å søke om å bli forhandler. I et brev av 22 mai 1995 søkte Jan og Kristian Jæger på vegne av et nytt selskap som skulle stiftes om å bli forhandler for Opel i Bergensregionen.
- 9 Ifølge søknaden skulle Kristian Jæger være daglig leder i det nye selskapet og ville inneha 51% av aksjene. Hans far, Jan Jæger, ville inneha de resterende 49% av aksjene og være styreformann.
- 10 I brev av 29 juni 1995 fremsatte Opel et tilbud til Kristian og Jan Jæger om å bli forhandler på det grunnlaget. I samsvar med vanlig praksis ble tilbudet gitt til den personen som skulle være daglig leder i det nye selskapet. Det var et vilkår for tilbudet at Kristian og Jan Jæger skulle selge sine aksjer i Jæger-gruppen innen 31 desember 1996, og at de ikke kunne befatte seg med konkurrerende produkter.
- 11 Følgende klausuler var innbefattet i tilbudet fra Opel:

"2. Daglig leder i Avtalens § 3 vil være Kristian Jæger som fra starten innehar 51% av firmaets aksjer. Jan Jæger vil inneha 49% av aksjene ved etablering og være styreformann. Kristian Jæger vil tegne firmaet alene eller sammen med styreformannen. Det forutsettes at Kristian Jæger vil ha forkjøpsrett til resten av aksjene utover hans nåværende 51% til pålydende verdi.

Det forutsettes videre at såvel Kristian Jæger som Jan Jæger er kjøpt ut av Jæger-konsernet senest innen 31. desember 1996.

3. Med referanse til pkt. 2 vil verken Kristian Jæger, Jan Jæger eller den nye Opel-forhandleren engasjere seg i konkurrerende produkter."
- 12 I brev av 18 september 1995 ble tilbudet formelt akseptert av Jan og Kristian Jæger på vegne av det selskapet som var under stiftelse. Aksepten var i samsvar med tilbudet på alle punkter med unntak av bestemmelsene om eierstruktur.
- 13 Opel aksepterte ikke endringen i forhold til tilbudet. Standardavtalen har ikke blitt undertegnet av noen av partene.
- 14 Partene er ikke enige om hvorvidt det etter norsk avtalerett er inngått en bindende forhandleravtale. Videre er de uenige om hvorvidt Opel har stilt betingelsen vedrørende aksjonærstruktur på en diskriminerende måte, i og med at daglig leders eierandeler i Opels forhandlerselskaper i Norge varierer fra 0% til 100%.
- 15 Nedre Romerike herredsrett besluttet å rette en anmodning om en rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen med følgende spørsmål:
 - 1.a *Forbyr EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon, at en importør ved inngåelse av en forhandleravtale vedrørende motorvogner stiller vilkår om en bestemt aksjonærstruktur hos forhandleren?*
 - 1.b *Gjelder dette isåfall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?*
 - 1.c *Eksisterte det et slikt forbud i september 1995?*
 - 2.a *Forbyr EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon, at en importør ved inngåelse av en forhandleravtale vedrørende motorvogner stiller vilkår om at eierne og/eller daglig leder i forhandlerselskapet [ikke] har eierinteresser i andre selskaper som forhandler og/eller har eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorvogner?*
 - 2.b *Gjelder dette isåfall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?*
 - 2.c *Eksisterte det et slikt forbud i september 1995?*
 3. *Følger det av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 at en importør av motorvogner i september 1995 hadde plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller alle de som ønsket å være forhandlere og som for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler?*

4. *Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 slik å forstå at forhandlinger om en avtale eller avtale om å inngå avtale er sidestilt med "avtale" og følgelig bringer forholdet inn under artikkel 53 nr 1?*
 5. *Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 slik å forstå at nektelse av å oppta en forhandler skal vurderes under artikkel 53 når nektelsen kan tjene til å håndheve en konkurransehindrende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre, eksisterende forhandlere?*
 6. *Er EØS-avtalen artikkel 53 nr 2 slik å forstå [at] dersom et vilkår strider mot artikkel 53 nr 1 og/eller reglene om selektiv distribusjon har hele avtalen ikke noen rettsvirkning?*
- 16 Det vises til rettsmøterapporten for en fyldigere beskrivelse av den rettslige rammen, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige saksfremstillinger fremlagt for Domstolen, som i det følgende bare vil bli omtalt og drøftet så langt det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

Rettslig bakgrunn

- 17 Bestemmelsene det gjelder er EØS-avtalen artikkel 53, kommisjonsforordning (EØF) 123/85 av 12 desember 1984 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer (OJ nr L 15, 18.1.1985, s 16), heretter omtalt som "forordning 123/85", og kommisjonsforordning (EF) 1475/95 av 28 juni 1995 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer, (OJ nr L 145, 29.6.1995, s 25), heretter omtalt som "forordning 1475/95".
- 18 EØS-avtalen artikkel 53 lyder:
- "1. Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene, og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av denne avtale, skal være uforenlige med denne avtales funksjon og forbudt, særlig slike som består i
- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
 - b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
 - c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
 - d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
 - e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.

2. Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning.

3. Det kan imidlertid erklæres at bestemmelsene i nr 1 ikke skal anvendes på

- avtaler eller grupper av avtaler mellom foretak,
- beslutninger eller grupper av beslutninger truffet av sammenslutninger av foretak, og
- samordnet opptreden eller grupper av slik opptreden,

som bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling, samtidig som de sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd, og uten

- a) å pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål, eller
- b) å gi disse foretak mulighet til å utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder."

19 EØS-avtalen artikkel 53 er innholdsmessig identisk med EF-traktaten artikkel 85. EØS-avtalen artikkel 6 og Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol artikkel 3(2) er således anvendelige ved tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53.

20 Visse avtaler vedrørende distribusjon av motorkjøretøyer har blitt unntatt fra anvendelsesområdet til EF-traktaten artikkel 85 og EØS-avtalen artikkel 53 gjennom forordning 123/85, senere erstattet av forordning 1475/95, se nedenfor.

Anvendelse i tid

21 EØS-avtalen artikkel 53 har vært i kraft i EFTA-landene i EØS siden EØS-avtalen trådte i kraft den 1 januar 1994.

22 Forordning 123/85 var en del av EØS-avtalen da den trådte i kraft (rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4), og skulle, i henhold til dens artikkel 14, fortsette å gjelde til 30 juni 1995.

23 Innen Fellesskapet ble gyldigheten av forordning 123/85 forlenget til 30 september 1995 i kraft av forordning 1475/95 artikkel 13. Forordning 1475/95 erstattet forordning 123/85 med virkning fra 1 oktober 1995. Forordning 1475/95 artikkel 7 foreskriver at avtaler i kraft 1 oktober 1995 og som tilfredsstilte vilkårene i forordning 123/85 skulle forbli gyldige til 30 september 1996.

24 Forordning 1475/95 ble gjort til del av EØS-avtalen i henhold til EØS-avtalen artikkel 98 ved EØS-komiteés vedtak nr 46/96 av 19 juli 1996 (rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4a). Ifølge denne beslutningen trådte forordning 1475/95 i kraft innen EØS den 1 august 1996, men skulle anvendes med virkning fra 1 oktober 1995. EØS-komiteés beslutning ga imidlertid de

individuelle EFTA-statene myndighet til å fastlegge overgangsordninger for perioden mellom 1 juli 1995 og 19 juli 1996 i den utstrekning dette av konstitusjonelle grunner var nødvendig.

- 25 Det er i prinsippet en sak for den nasjonale domstolen å avgjøre i hvilken utstrekning Norge benyttet seg av muligheten til å fastsette overgangsordninger i sin nasjonale lovgivning for den aktuelle perioden. Domstolen bemerker imidlertid at, ifølge informasjon gitt av Den norske regjering, følgende synes å være vedtatt når det gjelder overgangsordninger:
- a) det ble bestemt å ikke forlenge anvendeligheten av forordning 123/85 ut over 30 juni 1995;
 - b) det ble bestemt å ikke anvende forordning 1475/95 før 19 juli 1996, med den konsekvens at overgangsbestemmelsen i den forordningens artikkel 7 ikke fikk anvendelse.
- 26 Dersom den nasjonale domstolen finner at denne beskrivelsen av nasjonale overgangsordninger er riktig, kan situasjonen i Norge beskrives som følger: Fra 1 januar 1994 til 30 juni 1995 var EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig med de fritakene som er foreskrevet i forordning 123/85. Fra 1 juli 1995 til 19 juli 1996 var bare EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig, uten gruppefritak. Siden 19 juli 1996 har EØS-avtalen artikkel 53 vært anvendelig, med de fritakene som er fastsatt i forordning 1475/95.
- 27 I den foreliggende saken er det omtvistet hvorvidt en avtale ble sluttet i september 1995 gjennom Opels formelle tilbud og Jægers tilsiktede aksept av dette. På bakgrunn av informasjonen fremlagt av Den norske regjering om vedtagelsen av overgangsordninger, blir den påståtte avtalen i september 1995 alene å vurdere i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 og relevant rettspraksis.
- 28 Domstolen bemerker at den nasjonale domstolen i sitt første, andre og tredje spørsmål spør spesielt om situasjonen i september 1995. Det fjerde, femte og sjette spørsmål er generelle spørsmål om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 og ikke om noen av de to gruppefritakene. Domstolen vil begrense sin rådgivende uttalelse tilsvarende.
- 29 Saksøkte hevder at selv om forordning 123/85 ikke formelt var i kraft i Norge i september 1995, bør den anses anvendelig av hensyn til ensartethet med fellesskapsretten.
- 30 Dette argumentet kan ikke godtas. Det er opp til EØS-komiteén å overføre ny lovgivning i Fellesskapet til EØS ved å vedta endringer i EØS-avtalens vedlegg og protokoller. Og selv om ensartethet er et av EØS-avtalens fundamentale prinsipper, følger det av avtalens struktur og den lovgivningsprosedyren som er fastsatt i denne at dette ikke alltid fullt ut kan oppnås i forhold til samtidig anvendelse av lovgivningstiltakene. Således fastsetter EØS-avtalen artikkel 102 at EØS-komiteéns beslutninger skal treffes "så nær som mulig i tid" etter at

Fellesskapet har vedtatt tilsvarende nytt regelverk, med sikte på å gjøre det mulig med en samtidig iverksettelse innen Fellesskaps- og EFTA-pilarene. Den relevante beslutningen av EØS-komiteén i den foreliggende saken innebærer at det i løpet av overgangsperioden ikke nødvendigvis ville bli full ensartethet, og det er ikke grunnlag for å angripe denne beslutningen.

- 31 Saksøkte hevder videre at selv om det formelt sett ikke var noe gruppefritak i kraft i Norge i september 1995, bør EØS-avtalen artikkel 53 tolkes i lys av forordning 123/85 av hensyn til ensartethet.
- 32 Domstolen finner at man ikke kan tolke det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 for å bringe det innenfor rammen av et gruppefritak som i seg selv ikke er en tolkning av bestemmelsen, men et fritak, dvs noe som fraviker fra bestemmelsen.

Det fjerde spørsmålet

- 33 Med sitt fjerde spørsmål, som Domstolen anser bør behandles først, søker den nasjonale domstolen å få brakt på det rene anvendelsesområdet for EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, som blant annet setter forbud mot alle avtaler mellom foretak og samordnet opptreden som kan påvirke handelen mellom avtalepartene og som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territorium som er omfattet av EØS-avtalen.
- 34 Mens *saksøker* hevder at EØS-avtalen artikkel 53 får anvendelse i situasjoner hvor, i en gradvis prosess for å slutte en avtale, en av partene har gitt et rettslig bindende tilbud, såvel som på alle vilkår og forståelser i løpet av denne prosessen, støtter *Kommisjonen for De europeiske fellesskap og EFTAs overvåkningsorgan saksøktes* syn, som er at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 får anvendelse på avtaler og ikke på forhandlinger som ikke resulterer i en avtale.
- 35 *Domstolen* bemerker at begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 er et autonomt begrep som ikke fullt ut sammenfaller med begrepet "avtale" i forskjellige nasjonale rettssystemer. Ifølge avgjørelser fra EF-domstolen og Førsteinstansretten hva gjelder begrepet i EF-traktaten artikkel 85 nr 1, er minstevilkåret for at det skal være en "avtale" i bestemmelsens betydning at partene som er involvert har en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte og at formålet eller virkningen av atferden er å hindre, innskrenke eller vri konkurransen (se dommen i sak 41/69 *ACF Chemiefarma mot Kommisjonen* [1970] ECR 661, avsnitt 112; og dommen i forente saker 209 til 215 og 218/78 *Van Landewyck mot Kommisjonen* [1980] ECR 3125, avsnitt 86; og av Førsteinstansretten i sak T-7/89 *Hercules Chemicals mot Kommisjonen* [1991] ECR II-1711).
- 36 Domstolen bemerker videre at forhandlinger som foreløpig ikke har resultert i en uttrykt felles vilje ikke er dekket av begrepet "avtale" i EØS-avtalen artikkel 53

nr 1. Heller ikke får bestemmelsen anvendelse på ensidig atferd av et foretak, innbefattet tilbud utarbeidet for å slutte en kontrakt, så lenge tilbudet ikke er blitt akseptert av andre parten i betydningen av å uttrykke en vilje til å overholde bestemmelsene i tilbudet.

- 37 For fullstendighets skyld bemerker Domstolen at tilbudet om en kontrakt som ble gitt av Opel ble akseptert av Jan og Kristian Jæger på alle punkter med unntak av de som hevdes å være i strid med EØS-avtalen artikkel 53. Dersom det blir funnet, etter nasjonal rett, at avtale er inngått, men uten de omtvistede klausulene, ville en slik avtale ikke være i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 siden den ikke ville inneholde de påstått ulovlige vilkårene.
- 38 Svaret på det fjerde spørsmålet må derfor bli at forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå avtale utgjør en "avtale" i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 bare dersom partene har kommet til en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte.

Det femte spørsmålet

- 39 Det er hevdet av *saksøker* at anvendeligheten av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 omfatter et foretaks atferd som, selv om den tilsynelatende er ensidig, relaterer seg til foretakets avtaler med tredjeparter. Denne påstanden synes å være grunnlaget for det femte spørsmålet fra den nasjonale domstolen, som spør om en nektelse av å oppta en forhandler skal vurderes under EØS-avtalen artikkel 53 når nektelsen kan tjene til å håndheve en konkurransehindrende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre forhandlere.
- 40 I denne sammenhengen viser saksøker til sak C-107/82, *AEG mot Kommisjonen* [1983] ECR 3151, hvor EF-domstolen fant at en nektelse av å godkjenne en distributør i et system av selektiv distribusjon ikke var en ensidig handling, men utgjorde en del av de kontraktmessige forbindelser mellom foretaket og dets forhandlere siden opptagelsen av en forhandler var bygget på kontraktspartenes stilltiende eller uttrykkelig aksept av den policy som ble fulgt av selskapet, som krevet utelukkelse fra systemet av kvalifiserte forhandlere som ikke var innforstått med å følge denne policy.
- 41 For å avgjøre hvorvidt EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 får anvendelse i en situasjon som i den foreliggende saken, finner *Domstolen* at kriteriene etablert i den ovennevnte saken *AEG mot Kommisjonen* er relevante.
- 42 Svaret på det femte spørsmålet må bli at hvor en bilimportør driver et distribusjonssystem som kan påvirke distribusjonskanaler og hvor vilkårene ikke er gjenstand for forhandling og er pålagt alle godkjente forhandlere, utgjør et avslag på å oppta en forhandler en del av det kontraktmessige forholdet mellom importøren og dets forhandlere som er gjenstand for prøving under EØS-avtalen artikkel 53.

- 43 Domstolen tilføyer at for en analyse av et distribusjonssystem under EØS-avtalen artikkel 53, er den avgjørende vurderingen hvorvidt konkurransen hindres, innskrenkes eller vris som en følge av avtaler eller samordnet oppreden. Vurderingen må også ta i betraktning i hvilken utstrekning konkurransebegrensningene som er iboende i de forskjellige ordningene kan aksepteres som konkurransefremmende og til gunst for forbrukeren. Kategoriseringen av de forskjellige systemene er av mindre betydning.
- 44 Det er for den nasjonale domstolen å vurdere hvorvidt vilkårene oppstilt ovenfor er oppfylt i saken for den.

Det tredje spørsmålet

- 45 Med sitt tredje spørsmål søker den nasjonale domstolen å få brakt på det rene hvorvidt en importør av motorkjøretøyer etter EØS-avtalen artikkel 53 i september 1995 hadde plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller alle de som ønsket å være forhandlere og som for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til forhandlere.
- 46 *Saksøker* hevder at EØS-avtalen artikkel 53 må tolkes slik at en importør av nye motorkjøretøyer i september 1995 hadde en plikt til å inngå forhandleravtaler med noen eller alle av dem som ønsket å bli forhandlere og oppfylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler.
- 47 *Saksøkte, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap* er av den oppfatning at EØS-avtalen ikke pålegger bilimportører noen plikt til å slutte en kontrakt med personer eller selskaper som ønsker å bli nye bilforhandlere i et område hvor det er rom for flere forhandlere.
- 48 *Domstolen* bemerker at i forbindelse med enkelte selektive distribusjonssystemer kan en importør, for å unngå å bryte EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, bli tvunget til å akseptere alle potensielle forhandlere som oppfyller de kvalitative kriteriene pålagt av importøren. Således kan, avhengig av omstendighetene, et avslag på å oppta en forhandler innebære et brudd på EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Dersom distributøren likevel avslår å oppfylle det kravet, kan de rettslige konsekvensene for eksempel bli at det pålegges bøter eller at distributøren nektes et individuelt fritak i prosedyrer for EFTAs overvåkningsorgan eller Kommisjonen for De europeiske fellesskap (se EØS-avtalen artikkel 56).
- 49 Men det er intet grunnlag i EØS-avtalen artikkel 53 for å pålegge en uvillig distributør en plikt til å inngå en konkret forhandleravtale (se Førsteinstansrettens dom i sak T-24/90 *Automec* mot *Kommisjonen* [1992] ECR II-2223). Situasjonen kan være annerledes under EØS-avtalen artikkel 54, men det er intet som tyder på at denne bestemmelsen får anvendelse i den foreliggende saken.

- 50 Domstolen tilføyer at en nektelse av å inngå avtale kan ha forskjellige rettslige konsekvenser etter relevant nasjonal lovgivning, så som en forpliktelse til å erstatte det tap som er påført en tredjemann, eller en mulig forpliktelse til å inngå avtale. Følgelig er det mulig at en nasjonal domstol har kompetanse etter nasjonale rettsregler til å pålegge en næringsdrivende å inngå avtale med en annen. Dette må avgjøres etter nasjonal rett.
- 51 Svaret på det tredje spørsmålet må derfor bli at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 pålegger ingen plikt for en importør av motorkjøretøyer til å inngå en forhandleravtale med noen eller alle som ønsker å bli forhandlere og som ellers tilfredsstillende de kvalitative kriteriene importøren lovlig kunne sette for forhandlere i september 1995.

Det første og det andre spørsmålet

- 52 I sitt første og andre spørsmål spør den nasjonale domstolen om visse vilkår i en forhandleravtale vedrørende motorkjøretøyer som krever en bestemt aksjonærstruktur hos forhandlerselskapet og som begrenser eiernes rett til å ha eierinteresser i andre selskaper som er involvert i forhandling av motorkjøretøyer, omfattes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.
- 53 Domstolen bemerker at den nasjonale domstolen spør om "EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf reglene om selektiv distribusjon", og viser for det sistnevnte uttrykk til den tolkningen av det generelle forbudet som er utviklet i saken *Metro* mot *Kommisjonen* [1977] ECR 1875 og senere rettspraksis. Domstolen bemerker imidlertid at spørsmålene ikke relaterer seg til anvendelsen av gruppefritaket i forordning 123/85.
- 54 *Saksøker* peker på at daglig leder skulle eie minst 51% av aksjene og at styreformannen var forventet å inneha resten av aksjene. Kravet om 51% avskjærer forhandlerselskapet fra å inngå i et konsern av forhandlere, og særlig fra å inngå som datterselskap i et konsern som forhandler motorkjøretøyer av andre merker gjennom andre datterselskap. Videre vil klausulen hindre konserner i å forhandle nye motorkjøretøyer av andre merker. Vilkårene om eierstruktur består ikke av objektive kriterier av kvalitetsmessig art som gjelder de tekniske kvalifikasjonene til forhandleren eller hans stab i betydningen av EF-domstolens *Metro*-dom, og de er ikke uunnværlige i denne dommens forstand. *Saksøker* hevder videre at Opel har innrømmet at dets praksis når det gjelder vilkår som stilles om eierstruktur varierer i forhold til "nye" og "gamle" forhandlere. *Saksøker* konkluderer på bakgrunn av dette at Opels praksis åpenbart er diskriminerende.
- 55 Når det gjelder kravet som forbyr eierinteresser i andre selskaper som forhandler og/eller har eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorkjøretøyer, hevder *saksøker* at det reelle formålet med dette vilkåret er å bryte opp en sterk konkurrent som i en årrekke har vist evnen til å bygge opp salg av forskjellige

merker. Formålet med et slikt vilkår må anses å være å sikre at forhandleren og selv aksjonærene i forhandlerselskapet bare kan forhandle ett bilmerke. Dette virer konkurransen fordi det umuliggjør flermerkerepresentasjon og oppbygningen av et sterkt forhandlerledd. Konkurransen mellom merker vil derfor bli svekket.

- 56 *Saksøkte* er av den oppfatning at det distribusjonssystemet som Opel driver i Norge ikke er et åpent selektivt distribusjonssystem av den type som EF-domstolen behandlet i *Metro-* og *AEG-*dommene. Det hevdes imidlertid at kriteriene som Opel anvender i den foreliggende saken med hensyn til eierstruktur ved utvelgelsen av sine forhandlere, under enhver omstendighet må ses som ikke-diskriminerende og nødvendige for å sikre en rimelig distribusjon av avanserte tekniske produkter så som biler, og således er i overensstemmelse med prinsippene anvendt av EF-domstolen i *Metro-*dommen. Etter saksøktes oppfatning er eierstrukturvilkåret et nødvendig verktøy for å sikre at forhandleren er i stand til å oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten. Saksøkte fremholder at EØS-avtalen ikke forbyr en importør og en ny potensiell forhandler å avtale et vilkår for fremtidig samarbeid som innebærer at eieren og daglig leder ikke skal inneha aksjer i konkurrerende virksomheter eller ikke skal engasjere seg i konkurrerende virksomheter. Dette vilkåret bidrar til å bygge opp et interessefellesskap mellom eierinteressene og ledelsen. Dette styrker forhandlervirksomhetens økonomiske grunnlag, produktiviteten, den tekniske og økonomiske utviklingen av produktene og servicen, og er i forbrukernes interesse.
- 57 I sitt skriftlige innlegg antok *EFTAs overvåkningsorgan*, under henvisning til fremstillingen i anmodningen om en rådgivende uttalelse, at det var etablert et selektivt distribusjonssystem. Det viste til *AEG-*dommen fra EF-domstolen og hevdet at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 var overtrådt dersom Opel nektet adgang for potensielle forhandlere som oppfylte de kvalitetskrav Opel lovlig kunne sette. Under den muntlige høringen, og på bakgrunn av nærmere informasjon som da var tilgjengelig, pekte *EFTAs overvåkningsorgan* på at systemet Opel driver ikke synes å være et slikt system.
- 58 Med hensyn til vilkårene det er spørsmål om, hevder *EFTAs overvåkningsorgan* at vilkåret om en bestemt aksjonærstruktur i de fleste tilfeller i seg selv ville utgjøre en begrensning av konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Den begrensende virkning av et slikt vilkår synes å bli styrket på grunn av vedkommende virksomhets natur. I mange tilfeller ville opprettelsen av et forhandlerselskap kreve en betydelig kapital, noe som i sin tur, på grunn av vilkåret om en aksjonærstruktur, ville kunne hindre potensielle forhandlere i å søke om forhandlervirksomhet. Et forhandlerselskap vil ofte være ute av stand til å finansiere hele virksomheten gjennom lån, men vil måtte ha en viss størrelse på egenkapitalen for å kunne få lån og således kunne drive virksomheten. Selv om det skulle være økonomisk mulig å begynne en ny virksomhet uten egenkapital, krever nasjonal lovgivning i mange EØS-stater at økonomisk virksomhet bare kan utøves dersom visse krav med hensyn til en minste egenkapital er oppfylt.

- 59 Et vilkår om en bestemt aksjonærstruktur kan også innebære en begrensning i aksjonærenes mulighet til å selge sine aksjer. Dersom dette vilkåret innebærer at eieren eller eierne bare kan selge sine aksjer til de andre eierne i forhandlerselskapet, eller bare med forutgående samtykke fra leverandøren, ville et slikt vilkår også kunne innebære visse utelukkelsesvirkninger for nye, potensielle forhandlere, ettersom det vil kunne være vanskelig å komme inn på markedet gjennom erverv av aksjer i selskaper som allerede eksisterer. EFTAs overvåkningsorgan konkluderer med at et slikt vilkår, i de fleste tilfeller og uavhengig av formålet, ville innebære en begrensning i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 og ville således være en overtredelse av denne artikkelen dersom avtalen også merkbart påvirker samhandelen og konkurransen.
- 60 Vilåret som er pålagt eieren og daglig leder om ikke å eie aksjer i andre selskaper som forhandler biler, eller selskaper som eier andeler av slike foretak, er ikke et kvalitativt kriterium i *Metros* betydning, men utgjør, uansett formålet med vilåret, en begrensning i konkurransen i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.
- 61 *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* hevder at EF-domstolens *Metro*-doktrine om selektive distribusjonsavtaler ikke har direkte betydning for den foreliggende saken. Opel driver ikke et selektivt distribusjonssystem som er åpent for alle forhandlere som ønsker å bli med i systemet. Opel driver et system der én eller et lite antall forhandlere i hvert område blir utnevnt. Ifølge *Kommisjonen* kan distribusjonsavtaler i motorvognsektoren, innbefattet den i den foreliggende saken, karakteriseres som en "mellomting mellom selektive distribusjonsavtaler ... og eksklusive distribusjonsavtaler, men ... heller nærmere den sist nevnte".
- 62 Når det gjelder klausulene det er tale om, er *Kommisjonen* av den oppfatning at det er nødvendig å trekke et skille mellom klausulen om eierstruktur og kravet om at Jan og Kristian Jæger løser opp alle forbindelser med Jæger-gruppen. En klausul som krever at daglig leder i et bilforhandlerselskap skal eie minst 51% av aksjene i forhandlerselskapet kan, avhengig av omstendighetene, innebære en begrensning i konkurransen. Dette kan imidlertid stille seg annerledes hvor en klausul bare tjener til å identifisere personene som leverandøren har forhandlet forhandleravtalen med og til å sikre at de personene beholder effektiv kontroll over selskapsenheten.
- 63 Etter *Kommisjonens* oppfatning går vilåret om at alle forbindelser med Jæger-gruppen skulle brytes lenger enn hva som er nødvendig for å etablere en særskilt juridisk enhet, og er således konkurransebegrensende og forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.
- 64 *Domstolen* bemerker at anmodningen om en rådgivende uttalelse beskriver distribusjonssystemet drevet av Opel i Norge som et "selektivt distribusjonssystem" i betydningen av EF-domstolens *Metro*-dom og senere rettspraksis fra EF-domstolen.

- 65 I *Metro* fastslo EF-domstolen at selektive distribusjonssystemer for høykvalitets- og teknisk avanserte forbrugsgoder er tillatt, forutsatt at utvelgelsen av viderefornhandlere skjer på grunnlag av objektive kvalitetskriterier angående viderefornhandlerens og hans stabs tekniske kvalifikasjoner og egnetheten av hans salgslokaler, og at slike vilkår gjøres gjeldende likt for alle potensielle viderefornhandlere og ikke anvendes på en diskriminerende måte.
- 66 I sin senere *AEG*-dom fastslo EF-domstolen at driften av et selektivt distribusjonssystem basert på andre kriterier enn de som er nevnt i *Metro*, innebærer et brudd på EF-traktaten artikkel 85 nr 1, og at dette også er tilfellet når et system som i prinsippet er i overensstemmelse med fellesskapsretten i praksis håndheves på en måte som er uforenlig med den. Ifølge EF-domstolen må en slik praksis betraktes som ulovlig når en produsent avslår å oppta en distributør som oppfyller systemets kvalitative kriterier i den hensikt å opprettholde et høyt prisnivå eller å utelukke visse moderne distribusjonskanaler.
- 67 Etter Domstolens oppfatning er det ikke nødvendig for å svare på det første og det andre spørsmålet å bestemme karakteren av Opels distribusjonssystem i Norge, idet klausulene det er tale om ikke er av en slik kvalitativ art som de EF-domstolen aksepterte i *Metro* og *AEG*. Domstolen tilføyer imidlertid at den er av den oppfatning at det systemet som drives av saksøkte ikke er et "enkelt" selektivt distribusjonssystem i betydningen av EF-domstolens *Metro*- og *AEG*-dommer. Følgelig er prinsippene som er utviklet i disse dommene, især kravet om at alle kvalifiserte viderefornhandlere må opptas i systemet, ikke direkte anvendelige på distribusjonssystemer for motorkjøretøyer. Motorkjøretøyer er varige forbrugsgoder som krever sakkyndig vedlikehold og reparasjon. For å kunne gi slik service kan ikke samarbeidet mellom produsentene og de valgte forhandlere og reparatører bli utvidet til et ubegrenset antall av forhandlere og reparatører.
- 68 Etter Domstolens oppfatning må formålet med og virkningen av en klausul som krever at forhandleren oppgir alle forbindelsene med en forhandlergruppe, være å hindre forhandleren fra å selge kjøretøyer av andre merker. Dette er ensbetydende med en klausul om konkurranseforbud. At en slik bestemmelse er konkurransebegrensende kan ikke være tvilsomt, se for sammenligning forordning (EØF) 4087/88 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på grupper av franchiseavtaler artikkel 3 nr 1d) hvor en tilsvarende klausul er antatt å være konkurransebegrensende, men er fritatt for franchiseavtaler. Domstolen anser at en konkurranseforbuds-klausul som den det er tale om her, går lenger enn den som er fritatt i franchiseforordningen artikkel 3 nr 1d).
- 69 Synspunktet om at prosentklausulen ikke i seg selv er konkurransebegrensende, er åpenbart basert på en forutsetning om at de personlige bånd mellom partene er et avgjørende moment i et forhandlerforhold. I henhold til dette synspunktet vil en mulig negativ innvirkning på konkurransen oppveies av de konkurransefremmende følger av klausulen. Dette kan være tilfelle under visse

omstendigheter. I den foreliggende saken må imidlertid prosentklausulen leses i sin sammenheng, hvilket innbefatter konsernklausulen. Den er således egnet til å forsterke de begrensende virkningene av den sist nevnte klausul.

- 70 Når en forhandler er forhindret fra å ha noen selskapsrettslige forbindelser med et annet selskap, må det antas at mulighetene for at en forhandler med suksess kan starte en ny virksomhet i de fleste tilfeller vil bli redusert. I tillegg er vilkåret det gjelder også i stand til å hindre andre potensielle forhandlere fra å få tilgang på kvalifiserte personer som, i tillegg til å skaffe kapital, kunne bringe verdifull kunnskap om bransjen til andre potensielle forhandlerselskaper.
- 71 Domstolen anser at klausulene det gjelder har som formål og virkning å begrense konkurransen, særlig konkurransen mellom merkene. Gitt det faktum at avtalen er en del av et nettverk av andre forhandleravtaler er virkningen også merkbar (jf sak C-234/89 *Delimitis* [1991] I-ECR 935). Ettersom avtalen angår internasjonale transaksjoner, kan den dessuten påvirke samhandelen mellom avtalepartene (jf sak 42/84 *Remia mot Kommisjonen* [1985] ECR 2545; sak 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH mot Kommisjonen* [1978] ECR 131; sak 172/80 *Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021).
- 72 For sammenligningens skyld bemerker Domstolen at under gruppefritaket i forordning 1475/95, som trådte i kraft i Norge den 19 juli 1996, ville en bestemmelse som hindrer en bilforhandler fra å selge andre merker ikke bli fritatt fra forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Forordningen er basert på tanken om å gi forhandlerne større kommersiell uavhengighet i forhold til produsentene. Den viktigste endringen i denne forordningen, sammenlignet med gruppefritaket i forordning 123/85, består i en omfattende oppmykning av forbudet mot å forhandle konkurrerende produkter. I motsetning til forordning 123/85, tillater ikke forordning 1475/95 påleggelsen av en ettmerke-regel. Den nye forordningen åpner for muligheten for forhandlervirksomhet med flere merker, så lenge de forskjellige merkene selges i forskjellige lokaler, under forskjellig ledelse i betydningen av en særskilt juridisk enhet, og på en måte som unngår forveksling mellom merkene.
- 73 I spørsmålene 1.b og 2.b spør den nasjonale domstolen hvorvidt et forbud i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 vil være anvendelig uavhengig av formålet eller virkningen av vilkåret.
- 74 EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 oppstiller som ett av sine vilkår at avtalene har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen. Følgelig må enten et slikt formål eller en slik virkning av kontraktsvilkåret foreligge for at forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 skal få anvendelse.
- 75 Følgelig må det første og det andre spørsmålet besvares slik som fastsatt i slutningen nedenfor.

Det sjette spørsmålet

- 76 Ifølge EØS-avtalen artikkel 53 nr 2 skal avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 ikke ha noen rettsvirkning. Med sitt sjette spørsmål spør den nasjonale domstolen om dette gjelder hele avtalen eller bare de klausulene i en avtale som strider mot EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.
- 77 Svaret på det spørsmålet følger av fast praksis fra EF-domstolen. Ugyldighet av avtalen som en umiddelbar konsekvens av brudd på EF-traktaten artikkel 85 nr 1, og således EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, gjelder bare de deler av avtalen som berøres av forbudet, eller for hele avtalen dersom disse deler ikke kan skilles ut fra de øvrige deler av avtalen, se EF-domstolens dom i sak 56/65 *Société Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm* [1966] ECR 235. Følgelig faller enhver kontraktsbestemmelse som ikke er påvirket av forbudet, og således ikke gjelder anvendelsen av EØS-avtalen, utenfor EØS-retten. Det er opp til den nasjonale domstolen, i overensstemmelse med den relevante nasjonale lovgivningen, å avgjøre omfanget av og konsekvensene for kontraktsforholdet i sin helhet av ugyldigheten av visse kontraktsbestemmelser etter EØS-avtalen artikkel 53 nr 2, se EF-domstolens dom i sak 10/86 *VAG France* mot *Magne* [1986] ECR 4071.

Saksomkostninger

- 78 Omkostninger som er påløpt for Den norske regjering, EFTAs overvåkningsorgan og Kommisjonen for De europeiske fellesskap, som har gitt saksfremstillinger for Domstolen, kan ikke kreves dekket. Siden rettergangen her, for partene i hovedsaken, utgjør en del av rettergangen for den nasjonale domstolen, er avgjørelsen av saksomkostninger en sak for den nasjonale domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på de spørsmålene som er forelagt av Nedre Romerike herredsrett ved beslutning av 2 september 1997, følgende rådgivende uttalelse:

1.
 - a) En klausul i en kontrakt for distribusjon av motorkjøretøyer som krever at daglig leder i forhandlerselskapet skal inneha 51% eller mer av aksjene i selskapet behøver, avhengig av omstendighetene, ikke å være konkurransebegrensende i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Sett i sammenheng med en klausul som forbyr aksjeeie i andre bilforhandlerselskaper, er den imidlertid egnet til å være konkurransebegrensende i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.
 - b) En slik klausul er bare i strid med denne artikkelen dersom den er en del av en avtale som kan påvirke samhandelen mellom avtalepartene og har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territoriet som er omfattet av EØS-avtalen.
 - c) Det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 var gjeldende i september 1995.
2.
 - a) En klausul i en kontrakt for distribusjon av motorkjøretøyer som forhindrer aksjonærene i selskapet som driver forhandlervirksomheten fra å ha eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorkjøretøyer, er egnet til å være konkurransebegrensende i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.
 - b) En slik klausul er bare i strid med denne artikkelen dersom den er en del av en avtale som kan påvirke samhandelen mellom avtalepartene og har som formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen innen det territoriet som er omfattet av EØS-avtalen.
 - c) Det generelle forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 var gjeldende i september 1995.
3. EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 pålegger ingen plikt for en importør av motorkjøretøyer til å inngå en forhandleravtale med noen eller alle som ønsker å bli forhandlere og som ellers tilfredsstiller de kvalitative kriteriene importøren lovlig kunne sette for forhandlere i september 1995.
4. Forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå avtale utgjør en "avtale" i betydningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 bare dersom partene har kommet til en uttrykt felles vilje til å innrette seg på markedet på en bestemt måte.

5. **Hvor en bilimportør driver et distribusjonssystem som kan påvirke distribusjonskanaler og hvor vilkårene ikke er gjenstand for forhandling og er pålagt alle godkjente forhandlere, utgjør et avslag på å oppta en forhandler en del av det kontraktsmessige forholdet mellom importøren og dets forhandlere som er gjenstand for prøving under EØS-avtalen artikkel 53.**

6. **EØS-avtalen artikkel 53 nr 2 får bare anvendelse for de deler av avtalen som gjør den uforenlig med forbudet i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. Det er for den nasjonale domstolen å avgjøre hvorvidt de deler som er i strid med EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 kan skilles ut fra resten av kontrakten og om det gjenstår en kontrakt egnet til å gjennomføres.**

Bjørn Haug

Thór Vilhjálmsson

Carl Baudenbacher

Avsagt i åpen rett i Luxembourg 1 april 1998.

Asle Aarbakke
Justissekretær
Juridisk sekretær

Bjørn Haug
President