

RETTSMØTERAPPORT

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

og

Opel Norge AS

om tolkningen av EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

I. Innledning

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 mot Opel Norge AS. Saken gjelder avslag på å godkjenne en ny forhandler i et system med selektiv distribusjon av motorvogner.

II. Rettslig bakgrunn

2. Bestemmelser om selektiv distribusjon av motorvogner er tatt inn i kommisjonsforordning 123/85¹ og 1475/95². Forordning 123/85 var en del av EØS-avtalen da den trådte i kraft 1 januar 1994³. Gyldigheten av forordning 123/85 ble forlenget til 30 september 1995. Denne forlengelsen har ikke blitt

¹ Kommisjonsforordning (EØF) nr 123/85 av 12 desember 1984 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på visse grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer, heretter omtalt som "forordning 123/85" (OJ nr L 15, 18.1.1985, s 16).

² Kommisjonsforordning (EF) nr 1475/95 av 28 juni 1995 om anvendelse av traktatens artikkel 85 paragraf 3 på visse grupper av distribusjons- og serviceavtaler om motorkjøretøyer, heretter omtalt som "forordning 1475/95" (OJ nr L 145, 28.6.1995, s 25).

³ Rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4.

gjort gjeldende i EØS-sammenheng. Forordning 1475/95, som erstatter forordning 123/85, ble gjennomført i EØS-avtalen etter EØS-avtalen artikkel 98 ved EØS-komiteéns vedtak nr 46/96 av 19 juli 1996⁴. På tidspunktet for tvisten mellom partene, hadde forordning 123/85 i henhold til sin ordlyd opphørt å gjelde i EØS, uten at forordning 1475/95 hadde trådt i kraft. Etter artikkel 3 i EØS-komiteéns vedtak 46/96 av 19 juli 1996 trådte ikke forordning 1475/95 i kraft i EØS før 1 august 1996, og skulle få anvendelse med virkning fra 1 oktober 1995.

III. Fakta og prosedyre

3. Saksøker, *Jan og Kristian Jæger AS*, er et heleiet datterselskap i Jægergruppen AS. Jan og Kristian Jæger er aksjonærer i denne gruppen, som er en betydelig kjøper og forhandler av forskjellige motorvognmerker.

4. Den 13 desember 1995 reiste Jan og Kristian Jæger AS sak mot Opel Norge AS (heretter betegnet "Opel") med påstand om at Opel hadde inngått en forhandleravtale med det og, subsidiært, at Opel var forpliktet til å inngå en forhandleravtale med det. Norges Bilbransjeforbund erklærte seg som intervenient 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 hvorvidt bestemmelsen setter forbud mot vilkår i en avtale vedrørende eierforhold hos forhandlere av motorvogner.

6. Saksøkte, *Opel*, eies i sin helhet av General Motors Co. i De forente stater. Opel 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.

7. Våren 1994 innledet Jæger-gruppen AS forhandlinger med Opel om opprettelsen av en ny Opel-forhandler i Bergensregionen. På et møte i mai 1994 ble partene enige om at en slik forhandlervirksomhet skulle eies av et nytt selskap med sin egen ledelse og styre, uavhengig av de andre selskapene i Jæger-gruppen, og at det skulle holde til i lokaler som var atskilt fra de andre selskapene i denne gruppen. Det var en del 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 Opel-forhandlere i Bergensregionen. Ifølge søknaden skulle Kristian Jæger være

⁴ Rettsakt henvist til i EØS-avtalen vedlegg XIV del B nr 4a.

daglig leder i det nye selskapet og inneha 51% av aksjene. Hans far, Jan Jæger, skulle inneha de resterende 49% av aksjene og være styreformann.

8. I brev av 29 juni 1995 fremsatte Opel et tilbud til Kristian og Jan Jæger om å bli forhandlere på dette 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 Jægergruppen innen 31 desember 1996, og at de ikke kunne være engasjert i konkurrerende produkter. Tilbudet ble i brev av 18 september 1995 formelt godkjent av Jan og Kristian Jæger på vegne av det selskapet som var under stiftelse. Godkjennelsen var i samsvar med tilbudet på alle punkter med unntak av bestemmelsene om eierstruktur.

9. Opel aksepterte ikke endringen i forhold til tilbudet. Standardavtalen har ikke blitt undertegnet av noen av partene.

10. Partene er ikke enige om hvorvidt det etter norsk avtalerett er inngått en bindende forhandleravtale, og følgelig om Opel har en kontraheringsplikt overfor Jan og Kristian Jæger AS. 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 varierer fra 0% til 100%.

11. Nedre Romerike Herredsrett har besluttet å rette en anmodning om en rådgivende uttalelse til EFTA-domstolen vedrørende disse spørsmålene.

IV. Spørsmål

12. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

- 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?
 - b. Gjelder dette isåfall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?
 - 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 eiere og/eller daglig leder i forhandlerselskapet har eierinteresser i andre selskaper som forhandler og/eller har eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorvogner?
 - b. Gjelder dette isåfall uansett hvilket formål eller virkninger vilkåret har?
 - c. Eksisterte det et slikt forbud i september 1997?

- 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 forhandling 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 dersom et vilkår strider mot artikkel 53 nr 1 og/eller reglene om selektiv distribusjon har hele avtalen ikke noen rettsvirkning?"

V. Skriftlige saksfremstillinger

13. I medhold av Vedtektene for EFTA-domstolen artikkel 20 og Rettergangsordningen artikkel 97 er skriftlige saksfremstillinger mottatt fra:

- saksøker, representert ved advokat Pål Magne Bakka, Advokatfirma Harris, Bergen;
- saksøkte, representert ved advokat Jon Lyng, Advokatfirma 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;
- Kommissjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver i Rettsavdelingen, som partsrepresentant.

1. Jan og Kristian Jæger AS

14. *Saksøkeren* hevder at EF-domstolens rettspraksis⁵ om selektiv distribusjon, sammen med EØS-avtalen artikkel 53, har særlig betydning for den foreliggende saken.

15. En av konsekvensene av et vilkår om en bestemt eierstruktur i et selskap, er at forhandlerselskapet blir avskåret fra å inngå i et konsern, for eksempel som et heleiet datterselskap i et konsern, som deretter gjennom andre datterselskaper forhandler nye motorvogner av andre merker⁶.

16. Ifølge saksøker har slike klausuler klart konkurransevridende formål og virkning. Vilkårene stiller krav til forhandleren som, ifølge rettspraksis om selektiv distribusjon, går vesentlig lenger enn det som er nødvendig for å beskytte varenavnets anseelse. Videre er vilkårene anvendt på en vilkårlig og diskriminerende måte.

17. Det reelle formål med disse vilkårene er å bryte opp en sterk konkurrent som i en årrekke har vist evnen til å bygge opp forskjellige merker.

18. Under enhver omstendighet må formålet med et slikt vilkår anses å være å sikre at forhandleren bare forhandler ett bilmerke. Dette vrir konkurransen, idet det umuliggjør (1) flermerkerepresentasjon og (2) oppbygning av et sterkt forhandlerledd. Begge disse formålene er grunnleggende hensyn i den nye forordning 1475/95. Å unngå en "interessekonflikt" er ikke en bekymring som kan gjøre dette lovlig.

19. Kravet om at daglig leder skal eie minst 51% av aksjene (og styreformannen 49%) avskjærer *ex lege* forhandlerselskapet fra å inngå som datterselskap i et konsern. Videre vil det hindre konsern i å forhandle nye motorvogner.

20. Saksøkeren hevder at konserner er særlig utbredt, og at denne selskapsformen er et viktig instrument for effektiv og hensiktsmessig organisering av en forretningsvirksomhet. Et eksempel er forhandling av flere merker. Andre er forhandling av nye og brukte motorvogner, eller motorvogner og maskiner såvel som eiendomsbesittelse.

21. Vilkårene vil således ha den hovedeffekt at det vrir strukturen i forhandlerleddet, idet kapitalsterke større konserner vil måtte avstå fra å bli forhandlere. Forhandlerleddet vil bestå av relativt små virksomheter og bli vesentlig mer avhengig av leverandøren enn det en forhandler som er en del av et

⁵ Sak 26/76 *Metro v Kommisjonen* [1977] ECR 1875 (heretter "*Metro*").

⁶ Jæger-gruppen er en av Norges største bilforhandlere og forhandler blant annet Toyota, BMW, Rover og Land Rover.

sterkt konsern ville være. Et svakere forhandlerledd vil ha mindre tyngde til å kunne bygge opp sin organisasjon og konkurrere med andre bilmerker. Konkurransen mellom merkene vil bli svekket. I tillegg vil et svakt forhandlerledd med sin vesentlige virksomhet knyttet til én leverandør, være langt mer utsatt for taktikk og press fra leverandøren, med alle former for samordnet opptreden som, samlet sett, vil redusere konkurransen mellom de ulike merkeforhandlerne.

22. Den første virkningen av kravet om salg av aksjer, vil være at forhandlerselskapet ikke vil kunne ha noen selskapsrettslig tilknytning til konsern som forhandler andre nye motorvogner av andre merker, i dette tilfellet Jæger-gruppen. For det andre innebærer det at ikke en gang aksjonærene i forhandlerselskapet kan ha noen slik selskapsrettslig tilknytning.

23. Under henvisning til EF-domstolens rettspraksis⁷ er saksøker av den oppfatning at vilkårene om eierstruktur ikke består av objektive kriterier av kvalitetsmessig art som gjelder de tekniske kvalifikasjonene til videreforskeren og hans stab.

24. Saksøkeren er av den oppfatning at EØS-avtalen artikkel 53 klart får anvendelse i en situasjon der leverandøren bevisst håndhever et eierstrukturvilkår på en annen måte overfor de "nye" enn overfor de "gamle" forhandlerne. Dette gjelder kravet om at daglig leder skal eie 51% av aksjene, der Opel har innrømmet at dets praksis varierer.

25. Leverandøren skal ikke stille vilkår som går lenger enn det som er "absolutt nødvendig". Rettmessige vilkår må stilles på samme måte for alle leverandører. Saksøker slutter ut fra dette at Opels praksis er åpenbart diskriminerende.

26. Siden "gentlemen's agreements" og andre ikke-bindende forståelser⁸ har vært omfattet av EF-traktaten artikkel 85, må ovennevnte situasjon klart anses å være en som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 53. Desto mer må dette gjelde når selv "samordnet opptreden" gjør EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig.

27. Saksøkeren viser til sakene *AEG*⁹ og *Ford*¹⁰. Ut fra disse dommene hevder saksøker at det følger at ensidige rettslige situasjoner, hvor et privatrettslig bindende avtaleforhold ikke eksisterer, må anses å være knyttet til eller utsprunget av en avtale og således være underlagt EØS-avtalen artikkel 53. Dette gjelder særlig i distribusjonssystemer. I den aktuelle saken er det

⁷ Sak 26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1977] ECR 1875.

⁸ Sak 41/69 *ACF Chemiefarma NV v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1970] ECR 661.

⁹ Sak 107/82 *AEG-Telefunken AG v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1983] ECR 3151.

¹⁰ Forente saker 25 og 26/84 *Ford Werke AG og Ford of Europe Inc. v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1985] ECR 2725.

eksistensen av leverandørens avtaler med tredjemenn som gjør EØS-avtalen artikkel 53 anvendelig.

28. Etter EF-domstolens rettspraksis¹¹ anser saksøker at den aktuelle automatiske ugyldigheten bare gjelder de delene i avtalen som er berørt av forbudet, eller avtalen som helhet dersom det viser seg at disse delene ikke kan skilles ut fra selve avtalen.

29. I tillegg til virkningen av ugyldighet har rettsbruddet i den foreliggende saken den virkning at avtalen må anses som inngått, eller, alternativt, at Opel har kontraheringsplikt. Dette følger av dommene i *Metro* og *AEG*, samt fraværet av et gruppeunntak i september 1995.

30. Saksøker foreslår følgende svar på spørsmålene:

Spørsmål 1:

EØS-avtalen art 53 nr 1 jfr art 6 og reglene om selektiv distribusjon må tolkes slik at et vilkår om en bestemt aksjonærstruktur hos forhandleren stillet av en importør av nye motorvogner ved inngåelse av en forhandleravtale har både konkurransevridende formål og konkurransevirkende effekt, bedømt så vel per se som i kontekst, og er forbudt.

Et selvstendig tilleggsgrunnlag for å anse vilkåret forbudt vil foreligge hvor en importør ikke har pålagt alle forhandlere å oppfylle formelt og reelt vilkåret uten ugrunnet opphold, herunder uten å forskjellsbehandle forhandlere som ble tilknyttet systemet før eller etter 1986.

Hensynet til å unngå "interessekonflikt" gjør ikke vilkåret lovlig.

Forbudene gjaldt i september 1995, og gjelder idag.

Spørsmål 2:

EØS-avtalen art 53 nr 1, jfr art 6 og reglene om selektiv distribusjon må tolkes slik at vilkår om at eierne av forhandleren skal selge seg ut av sin (direkte eller indirekte) eierposisjon i andre forhandlerselskaper stillet av en importør av nye motorvogner ved inngåelse av forhandleravtale har både konkurransevridende formål og konkurransevridende effekt, bedømt så vel per se som i kontekst, og er forbudt.

Et selvstendig tilleggsgrunnlag for å anse vilkåret forbudt vil foreligge hvor en importør ikke har pålagt alle forhandlere å oppfylle formelt og reelt vilkåret uten ugrunnet opphold, herunder uten å forskjellsbehandle forhandlere som ble tilknyttet systemet før eller etter 1986.

Hensynet til å unngå "interessekonflikt" gjør ikke vilkåret lovlig.

Forbudene gjaldt i september 1995, og gjelder idag.

Spørsmål 3:

EØS-avtalen art 53 nr 1 jfr nr 2 må tolkes slik at en importør av nye motorvogner i september 1995 hadde en plikt til å inngå forhandleravtale med noen eller de som ønsket å være forhandlere og for øvrig fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til en forhandler.

¹¹ Sak 56/65 *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH* [1966] ECR 235.

Spørsmål 4:

EØS-avtalen art 53 nr 1 jfr art 6 må tolkes slik at hvor parter i en avtaleinngåelsesprosess har kommet så langt at en av partene har avgitt et for seg rettslige forpliktende tilbud, vil art 53 være anvendelig på nevnte tilbud. Dessuten er art 53 nr 1 jfr art 6 anvendelig på alle vilkår, forutsetninger og forståelser som fastlegges underveis i en stegvis avtaleinngåelsesprosess.

Spørsmål 5:

Når en nektelse av å oppta en forhandler kan tjene til å håndheve en konkurransevridende policy eller avtalepraksis mellom importøren og andre, eksisterende forhandlere, skal nektelsen vurderes under art 53.

Spørsmål 6:

EØS-avtalen art 53 nr 2 kan ikke anses å hjemle total ugyldighet i en sak om eierstrukturvilkåret i et selektivt distribusjonssystem for nye motorvogner.

2. Opel Norge AS

31. *Saksøkte* er av den oppfatning at verken EØS-avtalen artikkel 53 eller bestemmelsene om selektiv distribusjon får anvendelse i en sak som den foreliggende, hvor partene ikke har gått ut over forhandlingsstadiet. Under forhandlingene var motpartene til Opel Norge AS de to privatpersonene Jan og Kristian Jæger.

32. Under henvisning til EF-domstolens dom i *Metro* hevder saksøkte at de kriteriene Opel Norge AS har anvendt med hensyn til eierstruktur ved utvelgelsen av sine forhandlere, må ses som ikke-diskriminerende og nødvendige for å sikre en rimelig distribusjon av avanserte tekniske produkter så som biler.

33. Etter saksøktes mening er ordlyden i spørsmålet "ved inngåelse av stiller vilkår" upresis. Formuleringen har ingen relevans for den faktiske situasjonen i saken, og problemstillingen er hypotetisk i og med at partene ikke har inngått eller sluttet noen avtale. Videre er saksøkte av den oppfatning at formuleringen av spørsmålet "stille vilkår om en bestemt aksjonærstruktur" er upresis.

34. Etter saksøkers oppfatning kommer EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 og reglene om selektiv distribusjon ikke til anvendelse i et tilfelle hvor en importør og den potensielle forhandler ikke har inngått bindende avtale om etablering av et forhandlerforhold. De bestemmelser som er omtalt i spørsmålet er heller ikke generelt til hinder for at importører av motorvogner velger sine forhandlere på grunnlag av ikke-diskriminerende kvalitative kriterier for å sikre en rimelig distribusjon av motorvognene og tjenester knyttet til disse, herunder forutsetninger om hvem som skal være aksjonærer i forhandlerselskapet, og den nærmere aksjefordeling mellom aksjonærene.

35. Saksøkte hevder at det etter norsk lov var et tidsrom med et "opphold" fra 30 juni 1995 til 19 juli 1996, da forordningene ble gjennomført i norsk lov.

36. Saksøkte er av den oppfatning at presumpsjonsprinsippet må gjøre seg særlig sterkt gjeldende i en situasjon der Norge kan bli dømt for traktatbrudd på grunn av manglende gjennomføring og som kan skade politisk viktige tillitsforhold i forhold til EU. Saksøkte hevder at et forsterket presumpsjonsprinsipp også kan baseres på lojalitetsplikten i artikkel 3 EØS.

37. Saksøkte anser at det ut fra dette må være mulig å avlede for norske domstoler, og i samsvar med EUs rettsprinsipp om fortolkning i samsvar med direktiver, en plikt til å fortolke nasjonal lovgivning så mye som mulig i samsvar med ikke-gjennomførte direktiver. I EØS må denne plikten gjelde ikke bare med hensyn til direktiver, men også med hensyn til forordninger.

38. Det ville være helt urimelig dersom avtaler mellom private parter som tidligere var gyldige og i samsvar med gruppeunntaket, skulle kjennes ugyldige og således ikke ha rettsvirkning i tidsrommet fra 30 juni 1995 til 19 juli 1996.

39. For saksøkte er det innlysende at det i september 1995 ikke eksisterer noe forbud mot at importører av motorvogner velger forhandlere på grunnlag av vilkår om hvem som skal være aksjonærer i forhandlerselskapet, og den særlige aksjefordelingen blant dem. Hensynet til harmonisering av bestemmelsene i EU med bestemmelsene i Det europeiske økonomiske samarbeidsområde peker i retning av at gruppeunntaket i forordning 123/85 er blitt erstattet av det nye gruppeunntaket i forordning 1475/95; dette gjelder også for Norge.

40. Videre forbyr ikke EØS-avtalen en importør og en ny, potensiell forhandler fra å avtale at et vilkår for videre forhandlinger om fremtidig samarbeid er at eieren og daglig leder ikke skal eie aksjer i konkurrerende virksomhet eller ikke skal engasjere seg i konkurrerende virksomhet.

41. Saksøkte er av den oppfatning at spørsmål 3 også er upresist, og at formuleringen er uheldig. For saksøkte er det uklart hva personen som stiller spørsmålet mener med uttrykket "fylte de kvalitative kriteriene som importøren lovlig kunne sette til forhandlere". Uansett pålegger ikke EØS-avtalen bilimportører en kontraheringsplikt med selskaper som ønsker å bli nye bilforhandlere i et område der det er plass til flere forhandlere.

42. Videre kan ikke EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 tolkes slik at den også kommer til anvendelse på situasjoner hvor to parter er i forhandlinger uten å ha sluttført disse og hvor det ikke er etablert noe kontraktsforhold og hvor det heller ikke er inngått noe faktisk forretningssamarbeid eller foreligger noen underforstått avtale mellom partene.

43. For Opel er det ikke "en konkurransevridende policy" å stille krav om at en daglig leder må ha en eierinteresse som er dominerende og så sterk som

mulig. Etter Opels syn er dette kravet økonomisk viktig og legitimt. Videre vil det kunne styrke økonomien og slagkraften til forhandlerne, og derved deres konkurransevne, hvilket tjener forbrukerne. Opel er av den oppfatning at kravene bidrar til å bygge opp interessefellesskapet mellom eierinteresser og ledelse, og at dette styrker forhandlerens økonomiske grunnlag, produktivitet, produktenes og tjenestenes tekniske og økonomiske utvikling, og at dette er i forbrukernes interesse.

44. Også med hensyn til spørsmål 6 er saksøktes kommentar at formuleringen av spørsmålet er upresis og hypotetisk. Det er ikke inngått noen avtale mellom partene, og det er også en feil begrepsbruk å bruke uttrykket "vilkår". Det vesentlige punkt er at det relevante faktiske og rettslige spørsmålet ikke dekkes av spørsmål 6.

45. Saksøkte hevder at EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, jf. nr 2, ikke gir hjemmel til å gripe inn i en forhandlingssituasjon mellom to parter, slik at en forutsetning i et tilbud fra én part om å inngå en avtale kan anses som urettmessig, med den følge at den aktuelle part er rettslig bundet til å inngå en avtale uten dette vilkår.

46. Saksøkte har grunnleggende innvendinger mot formuleringen av spørsmålene, og er av den oppfatning at en rekke av dem må omformuleres. Etter saksøktes syn bør spørsmål 1) b. og 2) b. ikke besvares uten ytterligere klargjøring fra saksøkers side.

3. Den norske regjering

47. *Den norske regjering* konsentrerer sine skriftlige saksfremstillinger om spørsmålene 1) c og 2) c, og hevder at det ikke fantes gruppeunntak for distribusjons- og serviceavtaler i norsk lovgivning i tidsrommet 1 juli 1995 til 19 juli 1996. Dette synspunktet er basert på det faktum at en ny fellesskapsrettsakt ikke er en del av EØS-avtalen før EØS-komiteén har besluttet at den skal inntas i Avtalen. En ny fellesskapsrettsakt kan ikke få anvendelse for norske borgere og foretak før den er gjennomført i norsk lovgivning.

48. Prinsippet om at privatpersoner og økonomiske aktører ikke er bundet av forpliktelser i henhold til folkeretten før disse er gjennomført i norsk lovgivning, følger av det dualistiske systemet basert på Norges Grunnlov.

49. Den norske regjering foreslår følgende svar på ovennevnte spørsmål:

EØS-komiteéns vedtak nr 46/96 om gjennomføring av kommisjonsforordning 1475/95 i EØS-avtalen, gjaldt fra 1 oktober 1995. De enkelte EFTA-statene kunne imidlertid av forfatningsmessige grunner fastsette overgangsordninger for tidsrommet mellom 1 juli 1995 og den dato da vedtaket ble vedtatt, 19 juli 1996. De enkelte EFTA-stater sto således av forfatningsmessige grunner fritt til å utsette gjennomføring av forordningen, eller til å fastsette nasjonale

tilpasninger til den, til 19 juli 1996. Det vil således være opp til den nasjonale domstol å fortolke nasjonal lovgivning om gjennomføring av forordningen, og på dette grunnlag avgjøre om forbudet nedfelt i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 eksisterte i norsk lovgivning i september 1995.

4. EFTAs overvåkningsorgan

50. *EFTAs overvåkningsorgan* hevder at det er opp til den nasjonale domstol på grunnlag av de fremlagte fakta å fastslå hvilken del av den nasjonale lovgivning som får anvendelse i denne saken. Videre vil det være opp til den nasjonale domstol å avgjøre når en avtale er inngått, og i så fall på hvilken dato.

51. Ifølge EFTAs overvåkningsorgan ble ikke en søknad om individuelt fritak etter artikkel 53 nr 3 fremsatt av partene.

52. Vedrørende spørsmålet om hvorvidt forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå en avtale utgjør en "avtale" i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, viser EFTAs overvåkningsorgan til EF-domstolens rettspraksis¹², og kommer til den konklusjon at med mindre en felles intensjon fra partenes side om å opptre på en bestemt måte på markedet foreligger, eksisterer det ingen avtale i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

53. Dersom partene, uten å ha inngått en avtale, har igangsatt virksomhet som utgjør en "samordnet opptreden"¹³ i henhold til artikkel 53 nr 1, kan en slik virksomhet være i strid med artikkel 53 nr 1. Siden partene bare synes å ha nådd forhandlingsstadiet, synes det ikke å ha funnet sted en slik samordning mellom partene.

54. Vedrørende spørsmålet om hvorvidt en leverandør kan stille vilkår om eierstrukturen i forhandlerselskapet uten å bryte artikkel 53 nr 1 uansett vilkårets formål eller virkning, 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 artikkel 53 nr 1. I tillegg synes den begrensende virkning av et slikt vilkår 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 ikke være i stand til å finansiere hele virksomheten gjennom lån, men vil måtte ha en viss størrelse på egenkapitalen for å kunne få lån og således begynne virksomheten. Selv om det

¹² Sak 41/69 *ACF Chemiefarma NV v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1970] ECR 661; Sak T-7/89 *S.A. Hercules Chemicals N.V. v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1991] II ECR 1711; Sak C-277/87 *Sandoz prodotti farmaceutici SpA v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1990] I ECR 45.

¹³ Sak 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1972] ECR 619.

skulle være mulig å begynne en ny virksomhet uten egenkapital, krever nasjonal lovgivning i mange EØS-stater at økonomisk virksomhet kan utføres bare dersom visse krav med hensyn til en minste egenkapital er oppfylt.

55. Et vilkår om en bestemt aksjonærstruktur kan også innebære en begrensning i aksjonærens 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 tegning av aksjer i selskaper som allerede eksisterer.

56. Det synes som om kravet om en bestemt eierstruktur ikke er et kvalitativt krav etter EF-domstolens dom i *Metro*, og vil således i de fleste tilfeller være en begrensning i henhold til artikkel 53 nr 1.

57. Under henvisning til EF-domstolens rettspraksis¹⁴ hevdes det at kravet "kan påvirke handelen" er oppfylt i denne sak. Det er ikke nødvendig å fastslå at avtalen faktisk har påvirket handelen mellom medlemsstater; det er tilstrekkelig å fastslå at avtalen vil kunne ha en slik virkning. Videre vil en virkning på mellomstatlig handel normalt presumeres der avtalen direkte angår internasjonale transaksjoner.

58. EFTAs overvåkningsorgan er av den oppfatning at det vil være opp til den nasjonale domstol å avgjøre om det er usannsynlig at en avtale enten påvirker handelen eller begrenser konkurransen i noen merkbar utstrekning¹⁵. Den nasjonale domstol må derfor identifisere det relevante markedet, dvs produktmarkedet og det geografiske markedet der produktet konkurrerer¹⁶.

59. Når det relevante produktmarkedet og det geografiske markedet er fastsatt, vil den nasjonale domstol måtte vurdere om avtalen i noen merkbar utstrekning påvirker samhandelen og konkurransen på dette markedet.

60. Når den nasjonale domstol skal vurdere om en avtale i et selektivt distribusjonssystem har en merkbar virkning på konkurranse og handel, vil nasjonale domstol for det første måtte ta i betraktning om avtalen i seg selv har en merkbar virkning. Dersom den ikke har det, men avtalen er en del av et nettverk av lignende avtaler, vil testene i *Delimitis*¹⁷ måtte anvendes.

¹⁴ Sak 42/84 *Remia BV og andre v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1985] ECR 2545; Sak 19/77 *Miller International Schallplatten GmbH v Kommisjonen for De europeiske fellesskap* [1978] ECR 131; Sak 172/80 *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021.

¹⁵ Sak 5/69 *Franz Völk v Établissements J. Vervaecke* [1969] ECR. 295.

¹⁶ Se fotnote 11.

¹⁷ Sak C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] I ECR 935.

61. EFTAs overvåkningsorgan er av den oppfatning at kravet om en bestemt eierstruktur i de fleste tilfeller og uavhengig av formålet, ville være en begrensning i konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1 i september 1995, og ville således være en overtredelse av denne artikkelen dersom avtalen også har en merkbar virkning på samhandel og konkurranse.

62. Kravet som stilles til eieren og daglig leder om ikke å eie aksjer i andre selskaper som forhandler biler, eller selskaper som eier andeler av slike foretak, synes å være en begrensning i konkurransen i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 1, fordi den hindrer eieren og daglig leder i å starte konkurrerende virksomhet selv, ettersom deres innflytelse på et annet foretak begrenses dersom de ikke kan være i en eiersituasjon. Således kan det antas at den interesse disse personene har av å starte opp en ny virksomhet ville bli redusert. Vilkåret om eierskap i konkurrerende selskaper ville også hindre andre potensielle forhandlere i å få tilgang til kvalifiserte personer som i tillegg til å bidra med kapital, også kunne bringe verdifull kunnskap om handelen inn i andre potensielle forhandlerselskaper.

63. Et vilkår som har den virkning at daglig leder eller eiere i bilforhandlerselskaper ikke kan eie andeler i andre, konkurrerende selskaper, er ikke et kvalitativt kriterium i henhold til *Metro*, men utgjør, uansett formålet med vilkåret, en begrensning i konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1.

64. Ved å henvise til EF-domstolens dom i *AEG*,¹⁸ hevder EFTAs overvåkningsorgan at nektelsen av å gi potensielle forhandlere adgang til selektive distribusjonssystemer som utelukker visse kvalifiserte forhandlere ikke er en ensidig handling, men må undersøkes i henhold til artikkel 53 nr 1.

65. Det vises til *Hasselblad*-saken,¹⁹ hvor EF-domstolen fastslo at artikkel 85 nr 1 får anvendelse dersom systemet begrenser antall forhandlere som får tilgang. For at et selektivt distribusjonssystem ikke skal omfattes av artikkel 53 nr 1, må derfor alle videreforgere med egnede kvalifikasjoner få tilgang til systemet. Det er derfor en overtredelse av artikkel 53 nr 1 dersom Opel nekter adgang for potensielle forhandlere som oppfyller de kvalitative kriteriene som Opel rettmessig kan stille opp.

66. Etter EF-domstolens rettspraksis²⁰ følger ugyldighet som en sivilrettslig konsekvens av brudd på artikkel 85 nr 1 bare for de bestemmelsene eller sidene av avtalen eller den opptreden som er et brudd på artikkel 85 nr 1 og således EØS-avtalen artikkel 53 nr 1. De gjenværende bestemmelsene berøres ikke av ugyldighetssanksjonen, forutsatt at de kan skilles ut fra resten av avtalen.

¹⁸ Se fotnote 9.

¹⁹ Sak 86/82 *Hasselblad (GB) Limited v Kommisjonen for De europeiske fellelsskap* [1984] ECR 883.

²⁰ Se fotnote 11.

Spørsmålet om utskillbarhet er et forhold som må avgjøres med henvisning til den lovgivning som gjelder for den aktuelle avtalen eller opptreden. I samsvar med dette vil det være opp til den nasjonale domstol å avgjøre spørsmålet om utskillbarhet i lys av nasjonal lovgivning.

67. EFTAs overvåkningsorgan foreslår følgende svar på spørsmålene:

Spørsmål 1 (a), (b) og (c):

Et krav om en bestemt eierstruktur i en avtale mellom en distributør og en forhandler av motorvogner inngått i september 1995, ville, uansett formål, i de fleste tilfeller være en begrensning i konkurransen i henhold til artikkel 53 nr 1, og således være i strid med denne artikkelen dersom avtalen også i merkbar grad påvirker samhandel og konkurranse.

Spørsmål 2 (a), (b) og (c):

En klausul i en avtale mellom en distributør og en forhandler av motorvogner inngått i september 1995, som forbyr eierne og daglig leder å eie aksjer i andre bilforhandlerselskaper, eller i selskaper som eier slike bilforhandlerselskaper, er uansett formål i strid med artikkel 53 nr 1, forutsatt at avtalen i merkbar grad påvirker konkurranse og samhandel mellom kontraherende parter.

Spørsmål 3:

Ifølge artikkel 53 nr 1 hadde en importør av motorvogner i september 1995 en forpliktelse til å inngå en forhandleravtale med alle som ønsket å bli forhandlere, forutsatt at de oppfylte de kvalitative kriteriene som importøren rettmessig kunne pålegge slike forhandlere.

Spørsmål 4:

Forhandlinger om en avtale eller en avtale om å inngå en avtale er ikke ensbetydende med en "avtale" i henhold til artikkel 53 nr 1.

Spørsmål 5:

Et avslag på å godta en forhandler i et selektivt distribusjonssystem, må undersøkes i henhold til artikkel 53 nr 1 når et slikt avslag kan tjene til å underbygge en konkurransbegrensende politikk eller avtalepraksis mellom de andre forhandlerne som finnes.

Spørsmål 6:

Artikkel 53 nr 2 gjelder for de bestemmelsene i eller sidene av avtalen som er et brudd på artikkel 53 nr 1, forutsatt at disse delene av avtalen kan skilles ut fra resten av avtalen.

5. Kommisjonen for De europeiske fellesskap

68. *Kommisjonen for De europeiske fellesskap* er av den oppfatning at det er nødvendig å trekke et skille mellom selve eierstrukturen 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 51% av aksjene i selskapet som innehar forhandlervirksomheten, utgjør ikke i seg selv en begrensning i

konkurransen. En slik klausul sikrer at ingen andre har kontroll over den forhandleren som leverandøren har valgt.

69. Kravet om å oppheve alle forbindelser med Jæger-gruppen, utelukker Jan og Kristian Jæger i å fortsette å ha en rolle eller til og med en økonomisk interesse i den virksomheten konsernet driver.

70. Kommisjonen understreker at EØS-avtalen artikkel 53 ikke gjelder for ensidige handlinger fra foretak. Bare i det hypotetiske tilfelle av en dominerende stilling kan det å gi avslag på å forhandle *ipso facto* anses som et brudd på konkurransereglene. Et slikt avslag ville bare ha virkning på samhandelen mellom avtalepartene i EØS dersom slike klausuler var inkludert i alle Opels forhandleravtaler. Den samlede virkning av slike klausuler i en stor mengde kontrakter, vil kunne utgjøre en betydelig begrensning²¹.

71. Kommisjonen hevder at EF-domstolens rettspraksis²² om selektive distribusjonsavtaler ikke har direkte betydning for denne sak. 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.

72. Forhandleravtaler i motorvognbransjen inneholder vanligvis flere begrensninger i konkurransen. Ikke desto mindre kan slike avtaler anses gunstige fordi de bidrar til en effektiv distribusjon av motorvogner.

73. Ved å henvise til forordning 123/85, forordning 1475 og EØS-komiteéns vedtak nr 46/96, antar Kommisjonen at det var et tidsrom fra 1 juli til 30 september 1995 da det ikke var i kraft noe gruppeunntak for distribusjonsavtaler for motorvogner i EØS utenfor Det europeiske fellesskap.

74. Etter ikrafttreddelsen av forordning 1475/95 i Norge, ville overgangsbestemmelsen i artikkel 7 ha hatt den virkning at denne klausulen ville vært unntatt til 30 september 1996.

75. Til forskjell fra forordning 123/85 tillater ikke forordning 1475/95 å pålegge en regel om et enkelt merke for kontrakter inngått etter 1 oktober 1995. Den nye forordningen gjør det mulig med forhandlere av flere merker, så lenge forskjellige merker selges i forskjellige lokaler under forskjellig ledelse.

76. Kommisjonen anser at vilkåret om et atskilt rettssubjekt ikke rettfærdiggjør et krav om at det må være forskjellige aksjonærer i hvert av rettssubjektene. Et krav om å fjerne alle forbindelser med Jæger-gruppen går ut over det som er

²¹ Sak 23/67 *S.A. Brasserie de Haecht vs Wilkin and Wilkin* [1967] ECR 407; Sak C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] ECR I-935. Se også tredje henvisning i preambelen til forordning 1475/95.

²² Se fotnote 5.

nødvendig for å kunne opprette et atskilt rettssubjekt. En slik klausul er ikke lenger unntatt ved forordning 1475/95. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om den gjenværende delen av kontrakten kan bli stående alene som en gyldig kontrakt²³.

77. Vedrørende spørsmålet om hvorvidt en kontrakt kan sies å ha vært sluttet den 18 september 1995, og spørsmålet om hvorvidt saksøkte har en kontraheringsplikt med saksøker på de vilkår som ble avtalt, med unntak av den begrensende klausulen, hevder Kommisjonen at forordning 1475/95 ikke fastsetter en samling bestemmelser som gjelder for avtaler om distribusjon av motorvogner.²⁴

78. På grunn av muligheten for unntak i henhold til EØS-avtalen artikkel 53 nr 3, anser Kommisjonen at det på det tidspunkt kontrakten blir sluttet, ikke er mulig å vite med sikkerhet hvorvidt en begrensende klausul kan anses å kvalifisere for unntak. En nasjonal avtalerettsregel, som kontrakten mellom partene ble sluttet i henhold til uten den ulovlige eller ugyldige klausulen, vil derfor ikke få anvendelse i den foreliggende saken.

79. Kommisjonen er av den oppfatning at saksøkte bare har kontraheringsplikt dersom vedkommende innehar en dominerende stilling i det aktuelle markedet.

80. Kommisjonen foreslår å besvare spørsmålene på følgende måte:

Spørsmål 1:

En klausul i en kontrakt om distribusjon av motorvogner som stiller krav om aksjonærstrukturen i selskapsenheter som skal drive forhandlervirksomheten, er ikke konkurransebegrensende når den bare har til hensikt å identifisere de privatpersonene som leverandøren har forhandlet frem forhandleravtalen med, og sikrer at disse personene har effektiv kontroll over selskapsenheter.

Spørsmål 2:

En klausul i en kontrakt om distribusjon av motorvogner som utelukker aksjonærer i selskapet som driver forhandlervirksomheten, i å ha eierinteresser i andre selskaper som forhandler motorvogner eller som i sin tur har eierinteresser i slike selskaper, er konkurransebegrensende og er således forbudt etter EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

Forbudet i artikkel 53 nr 1 kan ved enkeltvedtak eller ved forordning erklæres å ikke gjelde for visse begrensninger i konkurransen.

Før 1 juli 1995 ble en avtale som inneholdt en begrensende klausul av den aktuelle typen unntatt fra forbudet i henhold til kommisjonsforordning nr 123/85. Det fantes ingen generelle (gruppe-) unntak for begrensende klausuler i kontrakter om distribusjon av motorvogner i EØS mellom 1 juli og 30 september 1995. I henhold til artikkel 7 i forordning 1475/95 var en avtale som inneholdt

²³ Se fotnote 11 og sak 319/82 *Société de vente de ciments v Kerpen & Kerpen* [1983] ECR 4173.

²⁴ Sak C-226/94 *Grand Garage Albigeois SA m/fl v Garage Massol SARL* [1996] ECR I-651.

en begrensende klausul av den aktuelle typen, som ble inngått på eller før 30 september 1995, unntatt fra forbudet i tidsrommet fra 1 oktober 1995 til 30 september 1996. Det finnes ingen gruppeunntak for en slik klausul i en kontrakt som er inngått på eller etter 1 oktober 1995.

For tidsrommet fra 1 juli til 30 september 1995 og etter 1 oktober 1996 kan partene i en kontrakt som inneholder en slik klausul søke om individuelt fritak.

Spørsmål 3:

EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 pålegger ikke en importør av motorvogner noen forpliktelse til å inngå en forhandleravtale.

Spørsmål 4:

EØS-avtalen artikkel 53 nr 1 omhandler avtaler; den fastsetter ikke noen bestemmelser for forhandlinger som ikke fører frem til en avtale.

Spørsmål 5:

Artikkel 53 i EØS-avtalen gjelder ikke for ensidige handlinger fra foretak. Det faktum at en begrensende klausul i en avtale svarer til eller styrker begrensende elementer i andre avtaler, er av betydning for å avgjøre om begrensningen er merkbar, og om den påvirker handelen mellom avtalepartene i EØS-avtalen og på den måten omfattes av forbudet nedfelt i EØS-avtalen artikkel 53 nr 1.

Spørsmål 6:

I samsvar med artikkel 6 nr 2 i forordning 1475/95, som har virkning fra 1 oktober 1995 og fremover, har det å ta med en begrensende klausul som ikke eksplisitt er unntatt fra denne forordningen, i en kontrakt om distribusjon av motorvogner, den konsekvens at alle begrensende klausuler i kontrakten er ugyldige. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om disse klausulene kan skilles ut og hvorvidt det gjenstår en kontrakt som kan fullbyrdes.

Carl Baudenbacher
Saksforberedende dommer