

Rom-traktatens bestemmelser om konkurrenceregulering.

Af JAN KOBBERNAGEL*)

Størstedelen af den offentlige debat om Fællesmarkedet har drejet sig om Danmarks tilslutning til De Seks: Fordele og ulemper ved, betingelserne for og virkningerne af vor indtræden i det større marked. Det er herved i nogen grad overset, at vi må interessere os for Fællesmarkedet, også selv om vi ikke kommer med. Fællesmarkedet er en økonomisk og retlig realitet, og det har det nu været i mere end fem år. Retsgrundlaget for dette fællesskab, Rom-traktaten, blev etableret den 25. marts 1957 og trådte i kraft den 1. januar 1958. Der ligger umiddelbart uden for vor dør et stort nyt statssamfund, som vi skal handle med, og hvis lovgivning vi er nødt til at kende på samme måde og i samme omfang, som vi altid har været nødt til at kende lovgivningen i de lande, vi handler med.

Rom-traktaten indtager derfor en plads i vor interessesfære på linje med anden udenlandsk lovgivning, tysk ret, fransk ret og engelsk ret. Enhver forretningsmand ved, at når man handler med andre lande, så er man nødt til at kende noget til disse landes retsregler. Derfor har studiet af fremmed ret altid interesseret danske jurister, og en vis undervisning i fremmed ret har i mange år haft en fast plads på Handelshøjskolen inden for diplomstudiet i udenrigshandel. I denne undervisning må Rom-traktaten også have en plads, og den forskning, vi driver i sammenlignende ret, må også omfatte Fællesmarkedets retsproblemer.

I denne artikel skal omtales Rom-traktatens bestemmelser om monopoler og konkurrencebegrænsning som et eksempel på nogle af de bestemmelser i Rom-traktaten, der har direkte betydning for danske virksomheder og til illustration af de nye juridiske problemer, vort erhvervsliv i de sidste år er blevet stillet overfor.

*) Professor ved Handelshøjskolen i København.

Rom-traktatens konkurrenceregler.

Traktatens art. 85 handler om prisaftaler og andre aftaler mellem virksomheder, f. eks. om deling af markeder, eksklusivaftaler etc. og alle former for fælles forretningsmetoder. Sådanne aftaler, siger artiklen, er forbudt, *hvis* de kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne, og *hvis* de har til formål eller til følge at hindre eller begrænse konkurrencen eller forrykke vilkårene for konkurrencen inden for Fællesmarkedet.

Det siges endvidere, at aftaler, som er forbudt i medfør af traktaten, har ingen retskraft.

Det vil altså sige, at hvis der mellem et dansk firma og et firma inden for Fællesmarkedet indgås en sådan aftale, som omfattes af art. 85, er denne aftale ugyldig og uden retskraft. Det er uden videre klart, at denne bestemmelse vedkommer dansk erhvervsliv, og at vi må være interesseret i at forstå, hvordan den anvendes, og hvad den nærmere indebærer.

Nu kan en monopollov principielt indrettes på to forskellige måder. Man kan have et system som det danske, hvorefter alle aftaler skal anmeldes til en offentlig myndighed. Når aftalen er registreret, er den gyldig, med mindre monopoltilsynet griber ind og nægter at godkende aftalen. Eller man kan have et system som det amerikanske, hvorefter alle prisaftaler principielt er forbudt, men således at man kan søge om dispensation hos myndighederne og få den, hvis der ikke er grund til at befrygte en urimelig konkurrencebegrænsning eller monopoldannelse.

Hvilket af disse systemer har Rom-traktaten nu bestemt sig for? Så længe traktaten var ny, var der en del uenighed mellem jurister om, hvordan den skulle forstås, men efterhånden er problemerne blevet afklaret gennem forordninger, der er udstedt af Europakommissionen, og derfor kan man i dag danne sig et ganske godt billede af, hvorledes bestemmelserne skal forstås.

Rom-traktatens formål er jo at fremme samhandelen inden for Fællesmarkedets område, og dette er i og for sig et formål, der i sig selv kan motivere en monopolbestemmelse. Men derudover bekender Rom-traktaten sig til en liberalistisk tankegang, ifølge hvilken den frie konkurrence er et mål i sig selv. Og ved fri konkurrence i moderne betydning af ordet forstås som bekendt ikke en fuldstændig frihed, idet der ikke skal være frihed til at skabe monopoler eller andre foranstaltninger, der kan begrænse den frie konkurrence. Det er i lyset af disse to principper, at art. 85 skal forstås og fortolkes.

Traktatens bestemmelser er i 1962 blevet suppleret med to forord-

ninger, udstedt af Europakommissionen. Den ene kom den 3. maj 1962, og den fastsatte visse almindelige regler. Den anden kom den 21. december 1962 og gav særlige regler om eneforhandlingskontrakter og licensaftaler.

Ifølge artikel 85 skal to betingelser være opfyldt, for at en aftale er forbudt. Den ene er, at aftalen kan *påvirke handelen* mellem medlemslandene. Den anden er, at aftalen har til formål eller følge at *begrænse konkurrencen*. Og disse to betingelser optræder kumulativt, ikke alternativt. Kontrakten er altså kun ulovlig, hvis begge betingelser er til stede.

Hvad vil det nu sige, at en aftale kan påvirke handelen? Det første spørgsmål, man har rejst, er, om det kræves, at aftalen påvirker handelen i skadelig retning, eller om en hvilken som helst påvirkning er tilstrækkelig, altså også en påvirkning i gunstig retning. Traktatens formål taler for den første forståelse, thi hvorfor skulle den forbyde aftaler, der fremmer samhandelen? Det ville også være ejendommeligt, om man sagde, at en aftale, der påvirker i gunstig eller ugunstig retning, er forbudt, medens en aftale, der slet ikke påvirker, er tilladt.

Der er også en anden omstændighed, der taler for en indskrænkende fortolkning, og det er den rent sproglige. Udtrykket »påvirke« er det ord, der er brugt i den danske oversættelse, og det er taget direkte fra den franske tekst, som bruger ordet »affecter«. Nu må det huskes, at Rom-traktaten er skrevet på Fællesmarkedets fire sprog, fransk, tysk, italiensk og hollandsk, og de fire tekster er alle autentiske. Den tyske traktat har ordet »beinträchtigen«, der har en klar tendens i retning af det skadelige. Den italienske tekst bruger ordet »preguidicare«, der også giver meningen en drejning, og den hollandske tekst siger »ongunstig beïnvloeden«. Hollænderne har villet sige rent ud, at kun aftaler, der påvirker i skadelig retning, kan rammes. Rundt om i verden, hvor man har skullet oversætte traktaten, har man da også været i tvivl. Der er f. eks. en engelsk oversættelse, der har indsat ordet »harmfully« foran »affect«, og der er en amerikansk oversættelse, der taler om »adversely affecting«.

Ved fortolkning af traktater, der er affattet på flere ligestillede sprog, har man i folkeretten en gammel regel, der siger, at hvor et ord eller et udtryk har divergerende mening, skal man vælge den mindst vidtgående betydning. Hvis denne regel skal anvendes på det foreliggende tilfælde, bliver det den hollandske formulering, der gør udslaget, og det er jo også den, der stemmer bedst med traktatens formål.

Det ser imidlertid ikke ud til, at Europakommissionen vil acceptere

denne fortolkning. Man siger nemlig, at det kan være svært at afgøre, om en aftale har gunstig eller skadelig virkning. Den kan virke gunstig i een retning og skadelig i en anden. Eller den kan være gunstig på et vist tidspunkt under visse omstændigheder og skadelig under andre omstændigheder. Derfor opstiller man præsumptioner om, at visse typer af aftaler er egnede til at skade, og de er derfor forbudt, hvis de opfylder den anden betingelse, nemlig hvis de begrænser konkurrencen.

Dispensationsreglen.

For at forstå baggrunden for de bestemmelser, der er sat i kraft gennem de to forordninger, må man vide, at traktatens art. 85 supplerer forbudsreglen med en dispensationsbestemmelse. Det hedder nemlig i art. 85, stk. 3, at aftaler, som falder ind under forbudsreglen i stk. 1, kan erklæres lovlige, hvis de bidrager til en forbedret produktion eller bedre fordeling af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved og desuden opfylder visse andre betingelser.

Betingelsen for at opnå dispensation er, at man anmelder aftalen til et særligt registreringskontor under generaldirektoratet for konkurrence i kommissionens hovedsæde i Bryssel. Denne regel har bevirket, at der allerede er anmeldt et stort antal aftaler. For det første kan man håbe på at opnå dispensation, hvis den pågældende aftale er i farezonen, men alligevel frembyder sådanne gode træk, at den kan tillades. For det andet opnår man et klart svar, hvis man er i tvivl. Såfremt dispensation bliver nægtet, har man altså fået at vide, at aftalen er og bliver ulovlig.

For alle aftaler, som var i kraft før Rom-traktaten, eller som blev indgået inden den 13. marts 1962, udløb fristen for rettidig anmeldelse den 31. januar 1963. Det var ventet, at fristen ville blive forlænget 1 år, men dette blev opgivet. For alle nye aftaler, d. v. s. aftaler, der er indgået efter 13. marts 1962, eller som bliver afsluttet fra nu af, gælder den regel, at de skal anmeldes, inden de træder i kraft. Endvidere har man den tidsregel, at en dispensation, hvis den gives, har tilbagevirkende kraft fra anmeldelsen, men ikke fra kontraktens indgåelse. Derfor er det praktisk at anmelde aftalerne, så snart de er indgået.

Hvis man mener, at den indgåede aftale er lovlig, men man dog ikke føler sig ganske sikker, kan man ansøge om en såkaldt *negativ-attest*, d. v. s. en erklæring om, at aftalen ikke er i strid med traktaten. En sådan attest har dog kun en begrænset værdi. For det første er den ikke bindende for andre end den myndighed, der har udstedt den; den

er ikke bindende for de nationale myndigheder i de enkelte lande. For det andet er attesten midlertidig, d. v. s. den gælder kun så længe alle kontraktens vilkår forbliver uændrede, og den kan bortfalde, hvis markedssituationen ændres, således at kommissionen ikke mener at kunne fastholde sit tidligere standpunkt.

Ansøgning om negativ-attest kan ikke erstatte en påkrævet anmeldelse, og den opfattes ikke som en ansøgning om dispensation. Derfor er der mange, som i tvivlstilfælde ansøger om negativ-attest og om dispensation samtidig.

Hvilke aftaler skal anmeldes?

Et af de spørgsmål, der længe har henstået som tvivlsomt, er, i hvilket omfang eneforhandlingskontrakter og licenskontrakter skal anmeldes. Herom er der nu truffet beslutning af Europakommissionen ved den ovennævnte forordning af 21. december 1962, offentliggjort i Fællesmarkedets officielle lovtidende den 24. december 1962.

Eneforhandlingskontrakter.

Bestemmelserne har ingen betydning for danske virksomheder, der arbejder som eneforhandlere for eksportvirksomheder inden for Fællesmarkedet. En sådan kontrakt kan muligvis påvirke konkurrenceforholdene her i landet, men dette interesserer Rom-traktaten sig ikke for. Det er kun den anden vej, altså når en dansk eksportør indgår eneforhandlingsaftaler med importører inden for Fællesmarkedets område, at bestemmelserne får betydning. Sådanne aftaler vil nemlig kunne påvirke handelen og konkurrenceforholdene inden for Fællesmarkedets område. Ganske særlig gælder dette, hvis eneforhandlingsaftalen er kombineret med et eksportforbud. Eksempel: I en eneforhandlingskontrakt med en importør i Holland fastsættes, at eneforhandleren kun må sælge sine varer i Holland, men ikke eksportere dem til Belgien eller Tyskland. Sådanne klausuler er almindelige, fordi den danske eksportør måske har andre eneforhandlere i Belgien og Tyskland, og han ønsker at beskytte dem imod konkurrence fra den hollandske forhandlers side. Det kan imidlertid ikke nægtes, at sådanne aftaler kan forrykke konkurrencevilkårene inden for Fællesmarkedets område.

Udtrykket eneforhandling dækker i den almindelige merkantile sprogbrug to typer af kontrakter. Den ene er *agenturet*, altså tilfælde hvor eneforhandleren er handelsagent. Det andet er tilfælde, hvor eneforhandleren er *selvstændig importør*. Forskellen mellem agenten og importøren er som bekendt, at agenten sælger for agenturgiverens reg-

ning, idet han normalt aflønnes med provision, medens importøren sælger for egen regning. Karakteristisk for agenten er endvidere – i hvert fald i den strengt juridiske terminologi – at han optræder i agentur-giverens navn, ikke i sit eget navn. Hvis han optræder i eget navn, men for en andens regning, kaldes han kommissionær. Denne sprogbrug opretholdes imidlertid ikke altid i den praktiske handel, og det viser sig, at heller ikke Fællesmarkedets forordning opretholder sondringen. Den taler nemlig om agenter, hvad enten de optræder i eget eller agentur-giverens navn.

Agenter.

Hovedreglen er nu den, at agenturkontrakter ikke skal anmeldes. De anses altså i almindelighed for lovlige, også selv om de går ud på ene-agentur. Forudsætningen er dog, at det virkelig drejer sig et regulært agenturforhold. Hvis den såkaldte »agent« påtager sig den økonomiske risiko ved handelen, idet han har forpligtet sig til at betale for de leverede varer, hvad enten han får dem solgt eller ikke, anses han ikke som agent, og så falder kontrakten uden for reglen. Derimod strider det ikke mod agenturbegrebet, at agenten påtager sig at stå del credere, d. v. s. at han hæfter for betalingen fra usolide købere. Sådanne del credere aftaler er almindelige i agenturkontrakter.

Der kan også forekomme andre tilfælde, hvor en kontrakt, som parterne selv benævner et agentur, ikke opfattes som agentur i forordningens betydning af ordet. Som eksempel nævnes, at forhandleren skal holde et større lager, som er hans ejendom, eller at han for egen regning skal opbygge og vedligeholde en betydelig og vederlagsfri kundeservice, eller at han selv bestemmer sine priser og forretningsbetingelser. Det vil ses, at efter disse forbehold er der adskillige agenturkontrakter, der ikke falder ind under forordningens agenturbegreb.

Datterselskaber.

I de tilfælde, hvor en eksportør organiserer sit salgsarbejde i udlandet ved at oprette datterselskaber i de forskellige lande, hvor han har et marked, stiller situationen sig noget anderledes. Et datterselskab i den danske betydning af ordet, d. v. s. et selskab, der formelt er selvstændigt, men som i realiteten helt og holdent ejes og kontrolleres af moderselskabet, er jo ikke en handelspartner i sædvanlig forstand. Det er derfor den almindelige opfattelse, at aftaler mellem moder- og datterselskaber slet ikke omfattes af traktatens konkurrenceregler. Man kan altså indrette sig, som man vil. Ti lige så vel som man kan pålægge sig selv

og sine filialer at holde faste priser, lige så vel kan man pålægge et datterselskab en sådan pligt.

Ræsonnementet holder imidlertid kun så langt, som der er tale om et virkeligt datterselskab. Så snart man kommer ind på grænsetilfælde, hvor moderselskabet kun ejer en del af kapitalen, bliver sagen tvivlsom. Mod forsøg på omgåelse vil myndighederne altid være på vagt.

Selvstændige importører.

Når eneforhandleren er selvstændig importør, bør aftalen altid anmeldes, for at der kan blive taget stilling til, om den er lovlig, eller om der eventuelt kan dispenseres. Man har brugt det udtryk, at når begge parter hører hjemme inden for Fællesmarkedet, påvirkes handelen *direkte* ved en eneforhandlingsaftale. Når den ene af parterne hører hjemme uden for, påvirkes handelen kun *indirekte*. Men da indirekte påvirkning sidestilles med direkte, er der ikke megen hjælp at hente i denne fortolkning. Man har nævnt reeksportforbudet som eksempel på et tilfælde, hvor aftalen næsten altid vil være i farezonen. Ganske særlig gælder dette, hvis udsalgspriserne er forskellige i de forskellige nationale områder inden for Fællesmarkedet. Er priserne derimod ens, skulle der være chancer for dispensation.

Om mulighederne for at opnå dispensation er det vanskeligt at sige noget almindeligt. Der har været planer om at udfærdige visse generelle retningslinjer for, hvornår dispensation kunne forventes, men disse planer er foreløbig skrinlagt. Afgørelserne træffes derfor indtil videre konkret, fra tilfælde til tilfælde. Man har imidlertid ad anden vej ydet erhvervslivet en vis vejledning. Man har nemlig indført to slags anmeldelsesblanketter, hvoraf den ene er meget enkel og er beregnet for de aftaler, der enten må anses for lovlige, eller hvor dispensation er sandsynlig, og en mere kompliceret blanket, hvor en lang række spørgsmål skal besvares.

Den forenkede procedure kan anvendes på den rene eneforhandlingsaftale, der ikke indeholder klausuler om reeksportforbud, og som ikke har bestemmelser om mindstepriser, som forhandleren skal overholde, og som ikke forsøger at begrænse mellemhandleres eller forbrugeres mulighed for at skaffe sig de pågældende varer ad anden vej, og som ikke begrænser eneforhandlerens adgang til at levere til kunder uden for det af kontrakten omfattede område. Det er klart, at der er en del kontrakter, som vil opfylde disse betingelser, men der er jo også mange, som netop vil sætte ind med klausuler af den art, som her er nævnt.

Sådanne må altså søge dispensation, og det er jo også muligt, at de kan få det.

Licensaftaler.

Forordningen har også fastsat regler om licensaftaler, særlig vedrørende patenter og andre områder af den industrielle ejendomsret. Det synspunkt, der ligger til grund for reglerne, er følgende: Et patent er jo i og for sig et monopol på fremstilling af en bestemt vare. Det er imidlertid ikke Fællesmarkedets opgave at begrænse eller ændre reglerne om patenter. Den, der har et patent, kan give licens til en anden, og derved begrænser han sit eget monopol til fordel for en anden. Dette anses ikke for skadeligt for konkurrencen og handelen, snarere tværtimod. Derfor er sådanne licensaftaler i princippet lovlige og skal end ikke anmeldes. Den førnævnte forordning af 21. december omtaler nærmere en række klausuler, som man plejer at indsætte i licensaftaler, og siger, at de i princippet må anerkendes som lovlige. Opregningen er dog ikke udtømmende, ej heller bindende for myndigheder eller domstole, og man kan derfor ikke give nogen garanti for, at enhver licensaftale om patenter er gyldig.

Om andre licenser, f. eks. vedrørende varemærker eller mønsterrettigheder, er der endnu ikke kommet bindende bestemmelser. Det er imidlertid bebudet, at der senere vil fremkomme beslutninger for disse rettigheder. Der kan også ventes en tilkendegivelse angående kontrakter om licens på know-how. Det fænomen, man kalder know-how, er jo ikke beskyttet i lovgivningen på samme måde som patenter, og derfor kan man ikke være sikker på, om de regler, der vil blive givet om know-how, vil falde sammen med reglerne om licensaftaler for patenter. Der kan imidlertid ikke siges noget nærmere om spørgsmålet i øjeblikket.

Retsvirkningen af ulovlige aftaler.

Der skal nu siges lidt om *retsvirkningerne* af, at man indgår en ulovlig aftale uden at opnå dispensation.

For det første er den ulovlige aftale som sådan *ugyldig*. Det vil sige, at den ikke kan håndhæves ved domstolene. Hvad mener man nu med det? Man mener for det første, at den ikke kan håndhæves ved domstolene i noget af Fællesmarkedets lande. Om den kan håndhæves ved danske domstole er et andet spørgsmål, og det er mere tvivlsomt. Det beror nemlig på dansk international privatrets almindelige regler.

Lad os bruge eksemplet med den danske eksportør, der har afsluttet en eneforhandlingsaftale med en hollandsk importør. Hvis denne aftale

kommer til pådømmelse ved en dansk domstol, finder retten muligvis, at hollandsk ret skal anvendes, fordi kontrakten har sin nærmeste tilknytning til Holland. Til hollandsk ret hører i og for sig også Romtraktaten, og der er altså dermed mulighed for, at en dansk domstol kan dømme efter Rom-traktaten. Dette er ikke mere mærkværdigt, end at den dømmer efter hollandsk national lovgivning. Det er derimod tvivlsomt, om netop monopolreglerne vil blive anvendt. Det hænger sammen med, at monopollove er, hvad man kalder territoriale, og det er en udbredt opfattelse, at den slags love ikke kan anvendes af fremmede domstole. Spørgsmålet er omtvistet og kompliceret, og jeg kan ikke her gå nærmere ind på de forskellige aspekter, men har kun villet pege på problemet.

Nu kunne man jo tænke sig, at parterne ville prøve at undgå dette problem ved at indsætte en klausul i kontrakten om, at dansk lovgivning skal anvendes i tilfælde af konflikter, altså det man kalder en kollisionsretlig partshenvisning. Det er dog ikke sikkert, at dette er nogen udvej. Man antager ganske vist, at parterne i en kontrakt har en vid adgang til at aftale, hvilken lovgivning der skal anvendes, men det er meget tvivlsomt, om man kan træffe sådanne aftaler om monopollove og andre offentligretlige love. I hvert fald er det klart, at man ikke kan undgå et lands straffelove ved at vedtage et andet lands lovgivning. – Der ligger her et stort kompleks af problemer, som endnu ikke er undersøgt til bunds.

Et andet spørgsmål, som anses for tvivlsomt, er, *om en enkelt ulovlig bestemmelse* i en kontrakt medfører, at hele kontrakten bliver ugyldig, eller om det kun er den enkelte bestemmelse, der er ugyldig. Hvorledes dette spørgsmål skal besvares, kan ikke afgøres for alle lande under eet, da opfattelserne her kan variere fra land til land. For dansk rets vedkommende er det vistnok forsvarligt at sige, at ugyldigheden af en enkelt bestemmelse i en kontrakt ikke vil påvirke kontrakten som helhed.

Dernæst må det nævnes, at indgåelse af ulovlige aftaler kan medføre *bødeansvar*. Bødesatserne er fastsat i dollars. Man kan ifalde bøder på 100–5000 dollars for afgivelse af urigtige eller forvanskede oplysninger. Og man kan idømmes bøder på fra 1000 op til en million dollars og derudover indtil 10 % af omsætningen i det sidste regnskabsår hos hver af de virksomheder, som er meddelagtig i overtrædelsen, såfremt der foreligger forsætlig eller uagtsom overtrædelse af konkurrencereglerne i art. 85.

Endvidere kan der fastsættes tvangsbøder på 50-1000 dollars daglig for det tilfælde, at en virksomhed undlader at efterkomme et pålæg om at ophøre med en overtrædelse af art. 85, som kommissionen har konstateret, eller om at ophøre med handlinger, som er forbudt ifølge en meddelt dispensationserklæring.

Det vil måske nok ryste en og anden at høre, at danske statsborgere kan idømmes bøder efter Rom-traktaten, når vi ikke er medlem af Fællesmarkedet. Heri er der imidlertid ikke noget særlig mærkeligt. Vi kan jo også ifalde straf efter tysk eller hollandsk eller engelsk ret, hvis vi overtræder disse landes retsregler. En sådan overtrædelse kan man gøre sig skyldig i, ikke blot ved at opholde sig i landet, men også ved at handle med vedkommende lands borgere.

Et andet spørgsmål er, om bøden kan *inddrives* hos danske statsborgere. Her er svaret, at bøden naturligvis ikke kan inddrives her i landet, i hvert fald ikke så længe vi ikke har afsluttet en konvention herom. Hvis den strafskyldige imidlertid har værdier inden for Fællesmarkedets område, kan en bøde tvangsfuldbyrdes i sådanne værdier. Og dette kan jo meget let indtræde, for når man handler med udlandet, vil man ofte have tilgodehavender der, og i sådanne udestående fordringer vil der altså efter omstændighederne kunne gøres udlæg.