

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 23 oktober 2003 *

I mål T-65/98,

Van den Bergh Foods Ltd, tidigare HB Ice Cream Ltd, Dublin (Irland), företrätt av
M. Nicholson och M. Rowe, solicitors, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av W. Wils och A. Whelan,
båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: engelska.

med stöd av

Masterfoods Ltd, Dublin (Irland), företrätt av P.G.H. Collins, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg,

och

Richmond Frozen Confectionery, tidigare Treats Frozen Confectionery Ltd, Northallerton (Förenade kungariket), företrätt av I.S. Forrester, QC, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 98/531/EG av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (Ärendena nr IV/34.073, nr IV/34.395 och nr IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EGT L 246, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden, R. García-Valdecasas, samt domarna P. Lindh och J. D. Cooke,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 3 oktober 2002,

följande

Dom

Målets bakgrund

- 1 Detta mål gäller en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 98/531/EG av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget (Ärendena nr IV/34.073, nr IV/34.395 och nr IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EGT L 246, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

- 2 Van den Bergh Foods Ltd (nedan kallat HB) är ett helägt dotterbolag i Unileverkoncernen och den största tillverkaren av glass i Irland, särskilt när det gäller individuellt förpackad lösglass. Sedan ett antal år tillbaka tillhandahåller HB sina detaljhandlare frysdiskar ”utan kostnad” eller mot en obetydlig hyra. HB har förbehållit sig äganderätten till frysdiskarna, och tillhandahållandet sker under förutsättning att de används enbart för förvaring av glass tillverkad av HB (nedan kallad exklusivitetsklausulen). Enligt standardavtalet avseende frysdiskar kan det sägas upp av endera parten efter en uppsägningstid av två månader. HB underhåller frysdiskarna på egen bekostnad, utom vid oaktsamhet från detaljhandlarens sida.

- 3 Masterfoods Ltd (nedan kallat Mars) är ett dotterbolag till det amerikanska bolaget Mars Inc., som tog sig in på den irländska glassmarknaden år 1989.

- 4 Under sommaren 1989 började många detaljhandlare som HB tillhandahållit frysdiskar att förvara och visa Mars produkter i dessa. HB krävde då att exklusivitetsklausulen skulle efterlevas.

- 5 I mars 1990 väckte Mars talan vid High Court (Irland) med yrkande om att High Court skulle fastställa att exklusivitetsklausulen var ogiltig enligt irländsk rätt och enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81 EG och 82 EG). HB väckte en separat talan med yrkande om att High Court skulle förelägga Mars att upphöra med att uppmana detaljhandlarna att inte följa exklusivitetsklausulen.

- 6 I april 1990 biföll High Court interimistiskt HB:s talan.

- 7 Den 28 maj 1992 avgjorde High Court Mars respektive HB:s talan i sak. High Court ogillade Mars talan och beslutade att förelägga Mars att upphöra med att uppmana detaljhandlarna att förvara Mars produkter i HB:s frysdiskar.

- 8 Mars överklagade den 4 september 1992 beslutet till Supreme Court (Irland), som beslutade att vilandeförklara målet och ställa tre frågor till EG-domstolen (se punkt 30 nedan). Dessa frågor besvarades i domstolens dom av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods och HB (REG 2000, s. I-11369). Målet vid Supreme Court är ännu inte avgjort.

- 9 Samtidigt med förfarandet vid de irländska domstolarna inkom Mars den 18 september 1991 med ett klagomål mot HB till kommissionen med stöd av artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om

tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Detta klagomål avsåg att HB tillhandahöll ett stort antal detaljhandlare frysdiskar som endast fick användas för produkter av detta märke.

- 10 Även Valley Ice Cream (Irland) Ltd lämnade den 22 juli 1992 ett klagomål mot HB till kommissionen.

- 11 I sitt meddelande om anmärkningar till HB av den 29 juli 1993 angav kommissionen att bolagets distributionssystem stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget (nedan kallat 1993 års meddelande om anmärkningar).

- 12 Efter ett antal möten med kommissionen föreslog HB, som alltjämt inte delade kommissionens uppfattning, vissa förändringar, bland annat av sitt distributions-system, i syfte att det skulle undantas enligt artikel 85.3 i fördraget. Den 8 mars 1995 informerade HB kommissionen om dessa ändringar. Kommissionen angav i ett pressmeddelande av den 10 mars 1995 preliminärt att HB skulle erhålla ett sådant undantag. Den 15 augusti 1995 offentliggjorde kommissionen ett meddelande enligt artikel 19.3 i förordning nr 17. Meddelandet publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT C 211, s. 4).

- 13 Eftersom kommissionen emellertid inte ansåg att ändringarna medfört det önskade resultatet avseende fritt tillträde till försäljningsställena, lämnade kommissionen den 22 januari 1997 HB ett nytt meddelande om anmärkningar (nedan kallat 1997 års meddelande om anmärkningar). HB yttrade sig angående dessa anmärkningar.

- 14 Kommissionen antog den 11 mars 1998 det omtvistade beslutet.

Det omtvistade beslutet

- 15 Kommissionen angav i det omtvistade beslutet att HB:s distributionsavtal med exklusivitetsklausulen inte var förenligt med artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Kommissionen definierade den relevanta produktmarknaden som individuellt förpackad lösglass, och den relevanta geografiska marknaden som Irland (skälen 138 och 140). Den konstaterade att HB:s ställning på den relevanta marknaden var särskilt stark, vilket visas bland annat av dess marknadsandel under många år (se punkt 21 nedan). Denna styrkeposition återspeglas även i andelarna av den numeriska (79 procent) och vägda (94 procent) distributionen för de ifrågakvarande produkterna under månaderna augusti och september 1995, av varumärkets styrka samt omfattningen av och populariteten för dess produktsortiment. HB:s ställning på lösglassmarknaden stärks ytterligare av Unilevers starka ställning, inte endast på de andra glassmarknaderna i Irland (hemglass och restauration), utan också på de internationella glassmarknaderna och på marknaderna för frysta livsmedel och konsumtionsvaror i allmänhet (skäl 141).
- 16 Kommissionen anförde att HB:s distributionsavtal avseende frysdiskar hos detaljhandlarna tillsammans medförde en begränsning av de avtalslutande detaljhandlarnas förmåga att i sina försäljningsställen lagra och saluföra lösglass från konkurrerande leverantörer, i de fall då de enda frysdiskar för lagring av lösglass i försäljningsställena har tillhandahållits av HB, de installerade frysdiskarna från HB sannolikt inte kommer att ersättas av frysdiskar ägda av detaljhandlarna eller av frysdiskar från konkurrenter och det inte är ekonomiskt genomförbart att avdela utrymme för installation av ytterligare en frysdisk. Denna begränsning har till följd att de konkurrerande leverantörerna är förhindrade att sälja sina produkter på dessa försäljningsställen och konkurrensen mellan leverantörer på den relevanta marknaden därmed begränsas (skäl 143). Kommissionen prövade inte den begränsande effekten av varje enskilt frysdisk-

avtal, utan i stället effekten av den kategori av avtal som uppfyller de ovan angivna villkoren och utgör en identifierbar del av hela nätet av HB:s frysdiskavtal. Enligt kommissionen gäller bedömningen av den begränsande effekten av denna del av HB:s distributionsnät således samtliga avtal som omfattas av detta. Bedömningen av den begränsande effekten gjordes mot bakgrund av effekten av alla liknande nät av frysdiskavtal som andra glassleverantörer hade på den relevanta marknaden samt mot bakgrund av eventuella ytterligare relevanta marknadsförhållanden (skälen 144 och 145).

- 17 Kommissionen kvantifierade därefter, för att visa deras betydelse, de restriktiva verkningarna av HB:s distributionsavtal. Den framhöll därvid att den begränsande effekten av ett nät av frysdiskavtal enligt vilka leverantören tillhandahåller en frysdisk på villkor att endast produkter från denna leverantör får lagras i den följer av det med nödvändighet begränsade utrymmet för försäljningsställena i detaljhandeln. Det genomsnittliga antalet frysdiskar i försäljningsställena har beräknats till 1,5 i en undersökning av Lansdowne Market Research Ltd år 1996 (nedan kallad Lansdowneundersökningen), medan detaljhandlarnas uppfattning är att det optimala antalet frysdiskar på ett försäljningsställe under högsäsong är 1,57 (skäl 147).

- 18 Kommissionen anförde att endast en liten del av de irländska detaljhandlarna, närmare bestämt 17 procent enligt Lansdowneundersökningen, har frysdiskar utan exklusivitetsvillkor. Dessa kan betecknas som ”öppna” försäljningsställena, i den meningen att detaljhandlarna kan hålla lösglass från vilken leverantör som helst i lager (skäl 148). Hos de återstående detaljhandlarna, som utgör 83 procent enligt Lansdowneundersökningen, har frysdiskar installerats av leverantörerna. Till dessa försäljningsställena har leverantörer som inte redan har frysdiskar på plats i dem inte tillträdde utan att övervinna betydande hinder. ”På så sätt är sådana nytillkommande utestängda från dessa försäljningsställena. Fastän utestängningen inte är absolut i den meningen att detaljhandlaren genom avtal är förhindrad att sälja andra leverantörers produkter, kan försäljningsstället betecknas som stängt i den meningen att tillträde för konkurrerande leverantörer [i hög grad har försvårats]” (skäl 149).

- 19 Kommissionen konstaterade att på ca 40 procent av alla försäljningsställen i Irland har HB tillhandahållit de enda frysdiskar för lagring av lösglass som finns installerade (skäl 156). ”En leverantör som önskar få tillträde för försäljning av sina lösglassprodukter i ett försäljningsställe i detaljhandeln (dvs. en nytillkommande till försäljningsstället) där det finns åtminstone en frysdisk med exklusivitetsvillkor kan endast få detta om försäljningsstället i fråga har frysdiskar utan exklusivitetsvillkor ... eller om leverantören kan övertyga detaljhandlaren att antingen ersätta en installerad frysdisk med exklusivitetsvillkor eller installera ytterligare en frysdisk vid sidan av redan installerade frysdiskar” (skäl 157). Kommissionen bedömde (i skälen 158–183) på grundval av Lansdowneundersökningen att det var föga troligt att detaljhandlarna skulle vidta någon av dessa åtgärder ifall HB redan hade tillhandahållit en (eller flera) frysdiskar, och att 40 procent av detaljhandlarna i fråga var bundna till HB (skäl 184). Följaktligen hade konkurrerande leverantörer, i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget, utestängts från dessa försäljningsställen.
- 20 Kommissionen slog vidare fast i det omtvistade beslutet att avtalen med exklusivitetsklausulen inte var berättigade till undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget, eftersom de inte bidrog till att förbättra distributionen av varor (skälen 222–238), att konsumenterna inte tillförsäkrades en skälig andel av den vinst som uppnås (skäl 239 och 240), att de inte var oundgängliga för att uppnå de påstådda fördelarna och att de gjorde det möjligt för HB att sätta konkurrensen ur spel på en stor del av den relevanta marknaden (skälen 242–246).
- 21 Vad gäller tillämpningen av artikel 86 i EG-fördraget anförde kommissionen att HB hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, eftersom det under lång tid haft en volym- och värdeandel på mer än 75 procent av den relevanta marknaden (skälen 259 och 261).
- 22 Kommissionen angav att ”HB missbrukar, i strid mot artikel 86, sin dominerande ställning på den relevanta marknaden genom att företaget uppmuntrar detaljhandlare ... som inte har frysdiskar för lagring av lösglass som de antingen

själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glassleverantör än HB, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor”, och att ”[d]enna uppmuntran tar sig formen av ett erbjudande att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare och att underhålla dem utan någon direkt kostnad för dessa detaljhandlare” (skäl 263).

23 I det omtvistade beslutet har kommissionen

- fastslagit att bestämmelsen om exklusivitet i de avtal om frysdiskar, som slutits mellan HB och detaljhandlare i Irland för utplacering av frysdiskar i försäljningsställen där det endast finns en eller flera frysdiskar som tillhandahållits av HB för lagring av enskilt förpackade lösglassartiklar och där det inte finns frysdiskar som dessa detaljhandlare själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glasstillverkare utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget (artikel 1 i beslutet),

- avslagit HB:s begäran om undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget för den bestämmelse om exklusivitet som avses i artikel 1 (artikel 2 i beslutet),

- fastslagit att HB:s uppmuntran av detaljhandlare i Irland, som inte har frysdiskar som de själva skaffat sig eller som tillhandahållits av någon annan glasstillverkare än HB, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor genom att erbjuda sig att utan någon direkt kostnad tillhandahålla dessa detaljhandlare frysdiskar för lagring av enskilt förpackade lösglassartiklar och att underhålla dem, utgör en överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget (artikel 3 i beslutet),

- uppmanat HB att omedelbart upphöra med de överträdelser som avses i artiklarna 1 och 3 samt att avstå från alla åtgärder med samma syfte eller verkningar (artikel 4 i beslutet), och

- uppmanat HB att inom tre månader efter delgivningen av det omtvistade beslutet informera de detaljhandlare med vilka det för närvarande har avtal om frysdiskar som utgör överträdelser av artikel 85.1 i EG-fördraget såsom beskrivs i artikel 1 om den fullständiga lydelsen av artiklarna 1 och 3, samt att underrätta dem om att bestämmelserna om exklusivitet är ogiltiga (artikel 5 i beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 24 HB har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 21 april 1998, med stöd av artikel 173 fjärde stycket i EG-fördraget (nu artikel 230 fjärde stycket EG i ändrad lydelse) väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- 25 I en särskild ansökan, som inkom till förstainstansrätten samma dag, ansökte HB med stöd av artikel 185 i EG-fördraget (nu artikel 242 EG) om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet tills förstainstansrätten avgjort målet i sak.
- 26 Genom ansökningar, som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 april respektive den 8 maj 1998, begärde Mars och Treats Frozen Confectionery Ltd, som under förfarandet bytt namn till Richmond Frozen Confectionery Ltd (nedan kallat Richmond), tillstånd att intervensera till förmån för kommissionens yrkanden.

- 27 Ansökningarna om intervention delgavs parterna i enlighet med artikel 116.1 i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 28 HB förklarade i en telefax av den 13 maj 1998 sig inte ha någon invändning mot Mars interventionsansökan, men att man däremot motsatte sig Richmonds interventionsansökan, eftersom det företaget inte hade ett tillräckligt starkt intresse av målets utgång. HB begärde att de företag som ansökt om tillstånd att intervensera endast skulle tillställas en censurerad version av HB:s ansökan och det omtvistade beslutet. HB lämnade därvid en förteckning över den information som företaget ansåg borde hållas hemlig.
- 29 Kommissionen förklarade i separata handlingar, som inkom till förstainstansrättens kansli den 14 maj 1998, att den inte hade någon invändning mot interventionsansökningarna. Den angav däremot den 18 maj 1998 att den hade vissa invändningar mot HB:s begäran om sekretess.
- 30 Supreme Court begärde i beslut av den 16 juni 1998, som inkom till domstolen den 21 september samma år, med stöd av artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) att domstolen skulle besvara tre frågor om förhandsavgörande angående tolkningen av artiklarna 85, 86 och 222 i EG-fördraget (nu artikel 295 EG). Det målet registrerades med målnummer C-344/98.
- 31 Förstainstansrättens ordförande förordnade i beslut av den 7 juli 1998 i mål T-65/98 R, Van den Bergh Foods mot kommissionen (REG 1998, s. II-2641), om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet i avvaktan på förstainstansrättens slutliga avgörande av målet. Den beslutade även att fördelningen av rättegångskostnaderna i den delen skulle anstå till det slutliga avgörandet i sak.

- 32 Ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning beslutade den 2 mars 1999 att ge Mars och Richmond tillåtelse att intervensera till stöd för kommissionens yrkanden. I samma beslut bifölls delvis HB:s yrkande om sekretess. Interventionerna har delgivits en icke konfidentiell version av handlingarna i målet.
- 33 Ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning beslutade den 28 april 1999 att i enlighet med artikel 47 tredje stycket i EG-stadgan för domstolen vilandeförklara förevarande mål i avvaktan på domstolens avgörande i mål C-344/98.
- 34 Domstolen meddelade den 14 december 2000 dom i det ovannämnda målet Masterfoods och HB. Parterna uppmanades i en skrivelse från förstainstansrättens kansli av den 1 februari 2001 att yttra sig angående den domens konsekvenser i förevarande mål. Kommissionen och HB lämnade sina synpunkter i skrivelser som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 respektive den 27 februari 2001. Mars inkom med sin interventionsinlägga den 13 mars 2001, i vilken företaget även yttrade sig angående konsekvenserna av domstolens dom. Richmond har avstått från att inge någon interventionsinlägga.
- 35 Förstainstansrätten (femte avdelningen) beslutade på förslag av referenten att inleda det muntliga förfarandet.
- 36 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 3 oktober 2002.

37 HB har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det omtvistade beslutet i dess helhet,
- i andra hand ogiltigförklara de delar av beslutet som förstainstansrätten finner vara oriktiga eller sakna skäl, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

38 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och
- förplikta HB att ersätta rättegångskostnaderna.

39 Mars har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och

— förplikta HB att ersätta dess rättegångskostnader.

40 Vid förhandlingen har Richmond yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta HB att ersätta rättegångskostnaderna.

I sak

41 HB har åberopat sju grunder till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring. Den första är att förstainstansrätten gjort uppenbart oriktiga bedömningar av omständigheterna, vilka lett till en felaktig rättstillämpning. Den andra är att artikel 85.1 i EG-fördraget har åsidosatts. Den tredje är att artikel 85.3 i EG-fördraget har åsidosatts. Den fjärde är att artikel 86 i EG-fördraget har åsidosatts. Den femte är att äganderätten inte har respekterats, vilket medfört att allmänna rättsprinciper och artikel 222 i EG-fördraget har åsidosatts. Den sjätte är att artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) har åsidosatts. Den sjunde är att de grundläggande principerna för gemenskapsrätten och väsentliga formföreskrifter har åsidosatts. Förstainstansrätten kommer att pröva de två första grunderna gemensamt.

Den första och den andra grunden, angående felaktig bedömning av omständigheterna och åsidosättande av artikel 85.1 i EG-fördraget

Parternas yttranden

- 42 HB har gjort gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet bedömt omständigheterna felaktigt, och att detta medfört en felaktig rättstillämpning. HB menar att parterna inte har olika uppfattningar om omständigheterna i sig, utan om vilka slutsatser som skall dras utifrån dessa.
- 43 HB har anfört att exklusiviteten för frysdiskarna inte skall anses utgöra en ensamrätt hos detaljhandlaren (skäl 184 i det omtvistade beslutet), eftersom dessa har möjlighet att säga upp avtalen med HB eller att ställa in andra frysdiskar som inte tillhör HB jämte HB:s frysdiskar, om nya attraktiva produkter skulle komma ut på marknaden eller de inte längre skulle vara nöjda med HB:s produkter eller service. Det framgår av förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen (REG 1995, s. II-1533), att varaktigheten av en avtalsförbindelse är väsentlig för bedömningen av i vilken grad det sker en avskärmning av marknaden. Enligt HB är dess avtal avseende frysdiskar inte avtal utan tidsbegränsning, eftersom detaljhandlarna när som helst kan säga upp dem. Den omständigheten att deras frysdiskar sällan byts ut visar helt enkelt att de detaljhandlare som förfogar över dessa är nöjda, och inte att de är beroende av dem.
- 44 Enligt HB visar samtliga bevis att en mycket stor majoritet av detaljhandlarna, vilka kommissionen påstått har utsatts för en avskärmning av marknaden till följd av HB:s exklusivitetsavtal rörande frysdiskarna, i själva verket har valt detta alternativ bland alla de alternativ som finns för lagring och försäljning av lösglass. Kommissionens slutsats att exklusivitetsklausulen för frysdiskar medförde en bindning av den relevanta marknaden, i strid med artiklarna 85 och 86 i EG-

fördraget, är således felaktig. Kommissionen har inte visat något orsakssamband mellan HB:s exklusivitetsklausul för frysdiskar och populariteten hos deras varor, i den meningen att ett sådant samband skulle avspegla den begränsade förekomsten av konkurrenternas varor på den relevanta marknaden. Detaljhandlarna har sålunda möjlighet att välja nya varor så snart som konsumenterna efterfrågar sådana. Omständigheterna visar emellertid att den begränsade förekomsten av konkurrenternas varor inte är ett resultat av en eventuell avskärmning av marknaden till följd av exklusivitetsklausulen, utan av att deras varor inte är lika efterfrågade av konsumenterna.

- 45 HB har gjort gällande att kommissionen felbedömt frågan om avskärmning av marknaden. Den borde nämligen ha skiljt mellan försäljningsställen som helt saknat valmöjligheter till följd av bestämmelser i distributionsavtalet och sådana som haft möjlighet att göra affärsmässiga val och utövat denna möjlighet efter att ha värderat de befintliga konkurrenternas erbjudanden. Endast de förstnämnda kan anses vara bundna. Den av kommissionen använda presumtionen att de försäljningsställen som endast haft frysdiskar från HB, oavsett hur många sådana de haft, varit bundna till företaget är felaktig. HB har närmare bestämt anfört att företaget inte försökt rättfärdiga det påstådda absoluta områdesskyddet eller andra påstådda konkurrensbegränsningar i förevarande mål, utan att det tvärtom visat att den begränsade förekomsten av konkurrenternas varor på marknaden beror på att HB:s varor tillgodoser detaljhandlarnas och konsumenternas behov. Kommissionen har heller inte anfört några alternativa förklaringar till HB:s konkurrenters misslyckande.
- 46 HB har anfört att andra omständigheter visar att kommissionens bedömning avseende avskärmningen av den relevanta marknaden är felaktig. För det fall det skulle visas att det finns ett "samband" till följd av avtalen mellan HB och detaljhandlarna angående frysdiskarna, skall det även beaktas att graden av marknadsavskärmning inte är 40 procent, såsom det påstås i Lansdowneundersökningen, utan maximalt 6 procent. Vid bedömningen av graden av

marknadsavskärmning skall enligt HB, som hänvisat till Lansdowneundersökningen och diverse omständigheter, i vart fall följande tre kategorier undantas från beräkningen:

- Försäljningsställen som har två eller flera frysdiskar från HB. Dessa förfogar per definition över ett tillräckligt utrymme, och en andra frys är lönsam för dessa detaljhandlare (6 procent av försäljningsställena).

- Försäljningsställen eller detaljhandlare som inte har något intresse av att sälja glass från andra tillverkare än HB, eftersom det då inte finns ett tillräckligt samband mellan HB:s tillhandahållande av frysdiskar och den omständigheten att en konkurrent inte lyckas erhålla tillträde till marknaden (27 procent av försäljningsställena).

- De försäljningsställen där detaljhandlarna är intresserade av andra märken och har möjlighet att installera en ytterligare frysdisk, att byta ut HB:s frysdisk mot två mindre frysdiskar eller att byta till en egen (2–5 procent av försäljningsställena).

47 HB har gjort gällande att vid bedömningen av graden av avskärmning av marknaden skall endast beaktas de försäljningsställen där detaljhandlarna önskar byta märke men inte kan det. Bedömningen i det omtvistade beslutet angående tillämpningen av artikel 85.1 i EG-fördraget är således överdrivet förenklad och oförenlig med rättsutvecklingen under senare år. HB har även anfört att kommissionen har överskattat betydelsen av detaljhandlarnas brist på utrymme.

- 48 HB har vidare anfört att dess bedömning av avskärmning av marknaden stöds av andra uppgifter om den relevanta marknadens dynamik. HB har bland annat framhållit att det finns minst fem tillverkare på den relevanta marknaden, och att de övriga tillverkarna, däribland nya sådana, har lyckats erhålla en god andel, såväl absolut som relativ, av distributionen.
- 49 HB har invänt mot slutsatsen i det omtvistade beslutet att deras tillhandahållande av frysdiskar med bruk av en exklusivitetsklausul skulle utgöra ett ekonomiskt hinder för andra leverantörers tillträde eller expansion, och öka kostnaderna för deras tillträde till den relevanta marknaden till följd av att även dessa har att tillhandahålla och underhålla frysdiskar. HB har gjort gällande att exklusivitetsklausulen är nödvändig för att förhindra andra tillverkare att lagra sina varor i HB:s frysdiskar utan att behöva investera i egna frysdiskar.
- 50 Enligt HB skulle det för att kunna tillhandahålla frysdiskar för lösglass i Irland mot en särskild hyra krävas att det fanns en efterfrågan av logistiska och andra tillgångar som inte kan kvantifieras ekonomiskt. Det skulle medföra en konkurrensnackdel för HB att tvingas ha kostnader för frysdiskar som inte bara är avsedda för deras egna varor, utan även för detaljhandlarnas och konkurrenternas.
- 51 HB har bestridit kommissionens bedömning i skäl 198 i det omtvistade beslutet att priskonkurrensen kan bli lidande till följd av att konkurrensen avseende varor för direktkonsumtion i hög grad sker vid försäljningsställena, och att konkurrensen mellan olika varumärken således minskar vid de försäljningsställen där endast ett märke erbjuds. Enligt HB säljs det två glassmärken på omkring 44 procent av försäljningsställena.

- 52 HB har anfört att en korrekt tillämpning av artikel 85.1 i EG-fördraget enligt domstolens praxis innebär att "rule of reason" skall beaktas. Det skall därvid göras skillnad mellan begränsningar av beteendet på marknaden och konkurrensbegränsningar. Alla avtal medför med nödvändighet någon form av begränsning av beteendet, som emellertid inte alltid medför en konkurrensbegränsning. Tillämpningen av artikel 85.1 i EG-fördraget innefattar med nödvändighet också en kvalitativ bedömning av varje begränsning som styr beteendet.
- 53 Enligt HB medför tillämpningen av "rule of reason" att artikel 85 i EG-fördraget inte skall tillämpas på avtal angående frysdiskar som slutits med detaljhandlare eftersom det står klart att exklusivitetsklausulen är nödvändig för att de skall kunna tillgodogöra sig systemets alla fördelar. Klausulen medför vidare ingen otillbörlig konkurrensbegränsning. Exklusiviteten gäller nämligen endast frysdiskarna, och själva avtalet kan när som helst sägas upp (se punkt 43 ovan). Domstolen har i sin dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia (REG 1986, s. 353; svensk specialutgåva, volym 8, s. 403), slagit fast att olika distributionsformer, i det målet ett franchiseavtal, kan prövas särskilt vid bedömningen av huruvida artikel 85.1 i EG-fördraget skall tillämpas. Sedan länge gäller inom gemenskapsrätten att det vid den bedömningen skall beaktas vilken slags vara överenskommelsen gäller (dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société Technique Minière, REG 1966, s. 337, 361 och 362; svensk specialutgåva, volym 1, s. 251).
- 54 Kommissionen har i det omtvistade beslutet uttalat att systemet med gratis tillhandahållande av frysdiskar medför fördelar för både detaljhandlarna och leverantören (skäl 224) och att de är vanligt förekommande i Europa (skäl 21). HB har vidare understrukit att exklusivitetsklausulen inte medför någon geografisk exklusivitet för detaljhandlaren, och har heller inte bidragit till att hindra Mars eller andra konkurrenter på den relevanta marknaden. Denna exklusivitetsklausul omfattas således inte av artikel 85.1 i EG-fördraget, eftersom den är en accessorisk begränsning. HB har anfört att denna bedömning överensstämmer med den som High Court gjorde i den ovan omnämnda domen

i målet Masterfoods och HB (punkterna 141–146 och 221–229, särskilt punkt 222). HB har även hänvisat till den brittiska myndigheten för monopol och fusioners rapport från mars 1994 angående monopol för lösglassprodukter i Förenade kungariket, liksom till avgöranden från olika domstolar i Förenta staterna, och gjort gällande att det synsätt på bestämmelser om utrustning på försäljningsställen i dessa är ett annat än det kommissionen haft i det omtvistade beslutet.

55 För det fall "rule of reason" inte skulle tillämpas har HB anfört att exklusivitetsklausulen ändå inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i EG-fördraget i kvantitativt hänseende, även för det fall bedömningen i det omtvistade beslutet av det konstlat stora antalet försäljningsställen som avskärmade skulle godtas. Det framgår av domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65) och domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen att det skall göras en ingående bedömning av marknaden för att avgöra huruvida ett enskilt avtal eller en grupp avtal medför en sådan avskärmning att de omfattas av artikel 85.1 i EG-fördraget. Enligt HB krävs det enligt domarna i målen Delimitis och Langnese-Iglo mot kommissionen endast att två förutsättningar är uppfyllda för att en marknad skall anses vara öppen. Det skall finnas tillgång till ett minsta antal försäljningsställen som kan exploateras för ett distributionssystem på ett lönsamt sätt, och konkurrenterna skall i viss utsträckning kunna utvidga sin verksamhet, det vill säga öka sin marknadsandel. HB har anfört att "när marknaden inte är stängd för tillträde för nya företag, det vill säga att det finns verkliga och konkreta möjligheter till tillträde till marknaden, skall den inte anses avskärmad på ett sätt som innebär ett åsidosättande av artikel 85.1". Vikten av att det finns ett nät av liknande avtal på marknaden skall inte överdrivas, eftersom detta "endast utgör en omständighet bland andra".

56 HB har gjort gällande att förstainstansrätten skall pröva huruvida marknaden skall anses ha varit avskärmad och huruvida detta skall anses godtagbart om man antar att Mars och varje annan konkurrent är redo att investera i frysdiskar som är jämförbara med dem som andra aktörer på marknaden har. Det framgår av punkt 21 i domen i det ovannämnda målet Delimitis att innan det slås fast att en

konkurrent inte kan ta sig in på marknaden skall övriga strategier för tillträde till den marknaden övervägas.

- 57 Enligt HB skall den relevanta marknaden inte anses vara stängd i kvantitativt hänseende. HB har därvid för det första gjort gällande att när det gäller begränsningens varaktighet hade de avtal som prövades i målet Langnese-Iglo mot kommissionen slutits för en tidsperiod av fem år, och de hade en genomsnittlig varaktighet på två och ett halvt år, medan avtalen om frysdiskarna kan sägas upp när som helst (se punkt 43 ovan).
- 58 HB har vidare anfört att förstainstansrätten i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen grundat sin bedömning av de där ifrågakvarande överenskommelsernas verkan på att dessa helt utestängde konkurrenterna från de relevanta försäljningsställena. Exklusivitetsklausulen för frysdiskarna har ingen sådan verkan. Konkurrenterna har nämligen möjlighet att övertyga detaljhandlarna om fördelen med sina varor, och på så sätt erhålla tillträde till försäljningsställena.
- 59 HB har även anfört att förstainstansrätten i punkt 105 i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen gjort en prövning i två steg, med en tröskel för beroende på 30 procent, vid prövningen av huruvida vissa avtal medförde en utestängningsverkan på marknaden. Det är nödvändigt att anpassa de kvantitativa kriterier avseende exklusivitet vid försäljningsställena som använts i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen för att de skall kunna tillämpas på exklusivitetsklausulen avseende frysdiskar. Det lämpligaste sättet att göra en sådan anpassning är att beakta de detaljhandlare som endast har en frysdisk från HB och saknar plats för en andra frysdisk, eller som anser att det inte är ekonomiskt motiverat att investera i en andra frysdisk. Enligt Lansdowneundersökningen skulle det vara ekonomiskt motiverat för 47 procent av försäljningsställena, vilka står för 80 procent av den totala omsättningen för glass, att detaljhandlaren själv äger en frysdisk.

- 60 HB har vidare gjort gällande att kommissionen inte har visat något orsakssamband mellan exklusivitetsklausulen för frysdiskar och de problem som andra leverantörer eller nya aktörer har att ta sig in på marknaden. Eftersom marknaden inte skall anses vara stängd enligt de kriterier som tillämpats i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen är det inte nödvändigt att genomföra det andra steget i denna prövning, nämligen att pröva i vilken mån de ifrågavarande avtalen bidrar till denna avskärmning av den relevanta marknaden. Enligt domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen skall nämligen kommissionen påvisa de rättsliga och ekonomiska omständigheter som enligt den väsentligt bidrar till denna avskärmning.
- 61 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, anfört att exklusivitetsklausulen strider mot artikel 85 i EG-fördraget eftersom den begränsar detaljhandlarnas handlingsfrihet och hindrar tillträde till marknaden. Klausulen fungerar som en faktisk bindning för två typer av detaljhandlare, nämligen ”de som har möjlighet att ha en andra frysdisk eller de som har möjlighet att byta ut en befintlig frysdisk”. Kommissionen har i det omtvistade beslutet visat detaljhandlarnas betänksamhet mot att installera en ytterligare frysdisk, eftersom en sådan tar stor plats och kan användas för att lagra andra varor. Det har vidare visats i det omtvistade beslutet att de detaljhandlare som inte har plats för en ytterligare frysdisk men som har möjlighet att byta ut en befintlig frysdisk, antingen till en som tillhandahålls av en annan tillverkare eller till en egen sådan, är föga benägna att göra så eftersom det medför ytterligare arbetsuppgifter för dem, såsom underhåll av en egen frysdisk, eller, för dem som väljer att installera en frysdisk från en annan glasstillverkare, att de förlorar HB:s sortiment.
- 62 Den fråga som förstainstansrätten skall pröva är, enligt kommissionen, huruvida den i tillräcklig grad har visat att dess slutsats i skäl 143 i det omtvistade beslutet är riktig, nämligen att ”[d]enna begränsning har till följd att de konkurrerande leverantörerna är förhindrade att sälja sina produkter till dessa försäljningsställen och konkurrensen mellan leverantörer på den relevanta marknaden därmed begränsas”. Kommissionen har därvid anfört att den i det omtvistade beslutet tydligt visat de svårigheter som de detaljhandlare som vill sälja andra glassmärken ställs inför.

- 63 Kommissionen har understrukit att syftet med det omtvistade beslutet endast är att ge detaljhandlarna kommersiell frihet och att på så sätt göra det möjligt för konkurrerande tillverkare att konkurrera med hjälp av sina varors kvalitet. Det skall i själva verket prövas huruvida detaljhandlarna, som är de som slutligen betalar för frysdiskarna i sina butiker, har rätt att i dessa lagra glass av det märke de väljer. Kommissionen har i det omtvistade beslutet visat de svårigheter som detaljhandlarna drabbas av när de vill föra glass av andra märken. En detaljhandlare som för att saluföra andra glassmärken än HB:s antingen måste skaffa en egen frys eller sluta sälja HB:s varor är inte benägen att göra det. Försäljningsställena är således stängda för konkurrerande märken, oavsett kvaliteten på dessa varor. Enligt kommissionen är detta exakt samma situation som den som prövades i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen och i förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-9/93, Schöller mot kommissionen (REG 1995, s. II-1611, punkt 84). Förstainstansrätten har i dessa avgöranden gått på kommissionens linje med motiveringen att en exklusivitetsklausul avseende frysdiskar utgör ”en omständighet som bidrar till att försvåra tillträdet till marknaden”.
- 64 Enligt kommissionen har HB utnyttjat denna situation till sin fördel genom att använda exklusivitetsklausulen för att hindra nya företag att komma in på marknaden. HB:s kostnader för frysdiskar gör det möjligt att utestänga andra tillverkare på marknaden. Kommissionen har avfärdat HB:s invändning att detaljhandlarna är nöjda med sina överenskommelser med HB och inte är intresserade av att sälja glass av andra märken. Exklusivitetsklausulen medför vissa fördelar för parterna, men det innebär inte att den saknar konkurrensbegränsande verkningar.
- 65 När det gäller detaljhandlarnas möjlighet att säga upp sina avtal med HB har kommissionen understrukit att överenskommelsernas ekonomiska verkningar skall vara avgörande. Det framgår av Lansdowneundersökningen att de detaljhandlare som förfogar över en frysdisk från HB sällan utnyttjar sin rätt att byta ut den till en frysdisk från någon annan tillverkare eller att köpa en egen frysdisk.

- 66 Enligt kommissionen är det också möjligt att särskilja tillhandahållande av glass från tillhandahållande av frysdiskar. Således är det inte nödvändigt för glasstillverkare att ha frysdiskar. HB har vidgått denna distinktion, eftersom företaget under år 1995 och år 1996 lämnat två olika förslag till kommissionen för att erhålla undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget, i vilka den gjort skillnad mellan ägande av frysdiskar och tillhandahållande av glass.
- 67 Mars har gjort gällande att det exklusiva utnyttjandet av frysdiskarna, som skapat ett samband mellan tillgången till försäljningsställen och framgång på marknaden, begränsar konkurrensen genom att ge befintliga leverantörer en otillbörlig fördel i förhållande till mindre leverantörer eller nya aktörer på marknaden, som troligtvis inte har en hel uppsättning välkända varor att erbjuda.
- 68 Kommissionen har förnekat HB:s påstående att endast 6 procent av marknaden skulle vara avskärmad, och inte 40 procent som angivits i det omtvistade beslutet.
- 69 I det omtvistade beslutet har det visats hur svårt det är för en ny aktör på marknaden att erhålla tillträde till denna till följd av exklusivitetsklausulen (skälen 185–200). I alla händelser finns det ett samband mellan HB:s tillhandahållande av frysdiskar med denna exklusivitetsklausul och den lilla marknadsandel som dess konkurrenter uppnått (skälen 185–194).
- 70 Kommissionen har också förnekat vad HB anfört om att dess överenskommelser med detaljhandlarna inte skulle omfattas av artikel 85 i EG-fördraget på grund av tillämpning av "rule of reason" och domen i det ovannämnda målet Pronuptia, eftersom villkoren i det avtal som bedömdes i domen i målet Pronuptia inte var desamma.

- 71 Kommissionen delar heller inte HB:s uppfattning om tolkningen av domen i det ovannämnda målet *Delimitis* (se ovan punkt 55). I den domen prövade domstolen huruvida det var möjligt för en ny konkurrent att komma in i befintliga avtal på den relevanta marknaden. Domstolen har, i motsats till vad HB anfört, inte använt det minimiantal försäljningsställen som krävs för att ett distributionsnätverk skall vara lönsamt som ett kriterium i sig. Detta har endast varit en omständighet som använts vid bedömningen av huruvida det förelagat konkreta möjligheter att komma in på marknaden.
- 72 Domstolen har i domen i det ovannämnda målet *Delimitis* anfört att det i ett första steg skall prövas huruvida det finns "ett nät av liknande avtal" på den relevanta marknaden. I Irland har merparten av de frysdiskar som finns på försäljningsställena tillhandahållits av HB (skäl 152 i det omtvistade beslutet). Därefter skall det prövas vilka möjligheter det finns att erövra andelar av den relevanta marknaden. Kommissionen har bestridit att det funnits några sådana möjligheter i förevarande fall. Nästa steg i bedömningen är, enligt kommissionens tolkning av domstolens avgörande i målet *Delimitis*, att beakta konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden. I det omtvistade beslutet har kommissionen identifierat de svårigheter som nya aktörer på marknaden har till följd av villkoret om exklusivt utnyttjande av de frysdiskar som HB äger, vilket får detaljhandlarna att avstå från att lagra andra varor i dessa och medför logistiska och ekonomiska hinder för tillträde till marknaden. Vad HB anfört om att en ny aktör på marknaden har att konkurrera genom att "uppträda på ett sätt som är karaktäristiskt för den ifrågakvarande branschen" är inget som nämns i de domar till vilka HB hänvisat. Detta kan heller inte godtas i den mån som branschen tillämpar förfaranden som strider mot artiklarna 85 eller 86 i EG-fördraget.
- 73 Kommissionen har gjort gällande att den grad av beroende som omnämns i domen i det ovannämnda målet *Delimitis* endast är en omständighet bland andra rättsliga och ekonomiska sådana som skall beaktas vid bedömningen av ett avtalsnät, vilket framgår av domarna i de ovannämnda målen *Langnese-Iglo* mot kommissionen och *Schöller* mot kommissionen.
- 74 Förstainstansrättens bedömning i dessa två sistnämnda mål gör sig enligt kommissionen även gällande i förevarande mål. Förstainstansrättens bedömning

att exklusivitetsklausuler avseende frysdiskar försvårar tillträdet till marknaden kan överföras på förevarande exklusivitetsklausul, eftersom förstainstansrätten uttalat att nödvändigheten för en ny aktör på marknaden att knyta ett nät av detaljhandlare till sig utgör ett hinder för tillträde till marknaden.

Förstainstansrättens bedömning

- 75 De två första grunder som HB åberopat till stöd för sin talan är att kommissionen gjort sig skyldig till en rad felbedömningar avseende förekomsten och graden av avskärmning av den relevanta marknaden till följd av de ifrågavarande distributionsavtalen. HB har i synnerhet anfört att kommissionen, genom att väsentligt överskatta graden av avskärmning av marknaden, har åsidosatt artikel 85.1 i EG-fördraget.
- 76 HB har mer specifikt ifrågasatt kommissionens huvudsakliga slutsats i det omtvistade beslutet att 40 procent av försäljningsställena i Irland i praktiken är bundna till HB genom exklusivitetsklausulen, och att dessa försäljningsställen således inte är tillgängliga för andra leverantörer (se bland annat skälen 143, 156 och 184). HB har anfört att denna bedömning är felaktig i såväl rättsligt som faktiskt hänseende. Kommissionen har inte tillämpat de rättsliga kriterierna för prövning av huruvida en marknad skall anses vara avskärmd på ett korrekt sätt. Den har inte skiljt mellan de detaljhandlare som är förhindrade enligt avtal att lagra varor från andra leverantörer och de som inte har någon sådan skyldighet och har plats för en ytterligare frysdisk, men som gjort en affärsmässig bedömning att inte installera en sådan. Enligt HB har detaljhandlarna fritt valt att saluföra deras varor på grund av den höga kvaliteten på dessa. Den omständigheten att andra tillverkare har svårigheter att ta sig in på den relevanta marknaden beror inte på exklusivitetsklausulen, utan på att deras glassar är mindre attraktiva för detaljhandlarna och konsumenterna.

77 Det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen inte bara har prövat HB:s avtalsvillkor, som formellt inte förbjuder detaljhandlarna att lagra glass från andra tillverkare i sina butiker, utan även tillämpningen av dessa avtal på den relevanta marknaden och de kommersiella val som detaljhandlarna i praktiken har vid tillämpningen av dessa avtal. Vid bedömningen av möjligheterna att få en detaljhandlare att saluföra glass från ett nytt företag på marknaden har kommissionen bedömt att det för 40 procent av försäljningsställena, det vill säga de som endast har en frysdisk för lagring av glass som tillhandahållits av HB och saknar egen frysdisk eller en frysdisk som tillhandahållits av en annan glasstillverkare, är "föga sannolikt" att detaljhandlarna vidtar nödvändiga åtgärder för att byta ut HB:s frysdiskar mot en egen sådan eller mot en frysdisk som tillhandahålls av en konkurrerande tillverkare, eller att de avsätter ett visst utrymme för en ytterligare frysdisk. Kommissionen kom sålunda fram till att exklusivitetsklausulen i HB:s distributionsavtal i praktiken medförde en ensamrätt till 40 procent av försäljningsställena på den relevanta marknaden, och att HB på ett märkbart sätt bidragit till avskärmningen av denna marknad, i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget.

78 Förstainstansrätten konstaterar att parterna är oense i frågan huruvida kommissionens bedömning i det omtvistade beslutet av särdragen på den relevanta marknaden och dess slutsats till följd av denna bedömning att exklusivitetsklausulen strider mot artikel 85.1 i EG-fördraget är korrekt.

79 Parterna är, trots de detaljerade skäl som anförts i deras inlagor och vid förhandlingen angående bedömningen av omständigheterna och de slutsatser som denna bedömning leder till, i praktiken eniga när det gäller ett antal omständigheter som kännetecknar den relevanta marknaden (se punkt 42 ovan), bland annat följande:

— Lösglass måste lagerhållas i låg temperatur, och måste således hållas i en frysdisk hos detaljhandlaren.

- Tillverkarna och distributörerna av glass tillhandahåller i Irland och i hela Europa frysdiskar till detaljhandlarna, och använder därvid en exklusivitetssklausul. Till följd av denna exklusivitetssklausul måste en detaljhandlare som endast har en eller flera frysdiskar från HB och som önskar sälja glass av andra märken ersätta HB:s frysdisk(ar) eller installera en egen sådan.

- Till skillnad från de exklusivitetssklausuler som prövades i domarna i de ovannämnda målen Langnese-Iglo mot kommissionen och Schöller mot kommissionen, vilka medförde en skyldighet för detaljhandlare i Tyskland att på försäljningsställena endast sälja varor som direkt var knutna till bolagen Langnese-Iglo respektive Schöller, utgör den i förevarande mål aktuella exklusivitetssklausulen inget hinder för detaljhandlarna att sälja glass av andra märken än HB, men däremot för att lagra glass av andra märken i de frysdiskar som HB ställt till deras förfogande för sina varor.

- HB är sedan länge ”marknadsledande” i fråga om lösglass i Irland. HB:s sortiment är mycket populärt där och är kommersiellt mycket framgångsrikt. HB har uppnått denna ställning till följd av avsevärda investeringar i utveckling och marknadsföring av ett fullständigt sortiment av glass, som är mycket välkänt i Irland.

- Enligt villkoren i HB:s distributionsavtal kan de detaljhandlare som träffat avtal med HB om tillhandahållande av frysdisk när som helst säga upp det med en uppsägningstid på två månader. Det är vidare ostridigt att HB i praktiken inte tillämpar kravet på två månaders uppsägningstid för de detaljhandlare som genast eller skyndsamt önskar frånträda avtalet.

- Lösglass utgör för flertalet detaljhandlare i Irland en marginalvara (på så sätt att lösglass endast genererar en mindre del av deras omsättning och vinst) som är en säsongsvara. Lösglass konkurrerar på försäljningsställena om utrymmet med en rad andra varor (varav vissa är avsedda för impulsköp).

- HB ingår i Unileverkoncernen. Bolag i den koncernen är de främsta leverantörerna av glass i de flesta medlemsstaterna. När det gäller lösglass är dessa bolag de största i flera medlemsstater.

80 Förstainstansrätten framhåller inledningsvis att exklusivitetsklausulen inte innebär att detaljhandlarna har någon skyldighet att endast sälja HB:s varor på sina försäljningsställena. Klausulen utgör således formellt inte någon exklusiv inköpsförpliktelse som syftar till att begränsa konkurrensen på den relevanta marknaden. Förstainstansrätten skall därför pröva huruvida kommissionen har visat att exklusivitetsklausulen avseende frysdiskarna under de omständigheter som råder på den relevanta marknaden i praktiken medför en ensamrätt till vissa försäljningsställena och huruvida dess bedömning av graden av avskärmning är korrekt. Förstainstansrätten skall vidare, om så är fallet, pröva huruvida avskärmningen är så omfattande att den innebär en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget. Det bör påpekas att domstolsprövningen av en av kommissionen antagen rättsakt som förutsätter en komplicerad ekonomisk bedömning endast skall avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts samt att bedömningen av omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 62, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247, och av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen, REG 1993, s. I-3203, punkterna 23 och 25, svensk specialutgåva, volym 14, s. 213, samt förstainstansrättens dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France m. fl. mot kommissionen, REG 1993, s. II-669, punkt 33).

81 Kvantifieringen i det omtvistade beslutet av graden av avskärmning på den relevanta marknaden grundas huvudsakligen på uppgifter och statistik i Lansdowneundersökningen. Dessutom hänvisas i beslutet ofta till en undersökning av den relevanta marknaden som HB beställt och som genomfördes under år 1996 av Behaviour & Attitudes Ltd, som är ett marknadsundersökningsföretag (nedan kallad Rosslynundersökningen). Dessa undersökningar innehåller två typer av uppgifter. Den första är faktauppgifter om antalet försäljningsställen i Irland, antalet frysdiskar per försäljningsställe och en beräkning av hur många frysdiskar som tillhör detaljhandlarna och hur många som tillhandahållits av glasstillverkarna. Den andra typen av uppgifter är statistiska bedömningar av uppgifter som inhämtats med hjälp av en representativ urvalsundersökning hos irländska detaljhandlare. Kommissionen grundade sin bedömning i skäl 156 i det omtvistade beslutet på att vid ca 40 procent av alla försäljningsställen i Irland har HB tillhandahållit de enda frysdiskar för lagring av lösglass som finns installerade utifrån de uppgifter som återfinns i dessa undersökningar (se skälen 87–125 och 146–156 i det omtvistade beslutet). Parterna är i huvudsak ense om att denna uppgift i huvudsak är korrekt, och HB har i sitt yttrande angående meddelandet om anmärkningar år 1997 uppgivit att man godtog denna uppgift.

82 Förstainstansrätten skall, vid bedömningen av huruvida kommissionens bedömning av förekomsten och graden av avskärmning av marknaden är korrekt, inte endast pröva exklusivitetsklausulens verkningar i sig eller endast pröva de avtalsmässiga begränsningar som HB:s distributionsavtal medför för de enskilda detaljhandlarna.

83 Vid prövningen av huruvida HB:s distributionsavtal omfattas av förbudet i artikel 85.1 i EG-fördraget, skall det enligt rättspraxis prövas huruvida alla liknande avtal på den relevanta marknaden och övriga omständigheter i dessa avtals ekonomiska och rättsliga sammanhang visar att avtalens kumulativa verkan är att hindra nya konkurrenters tillträde till marknaden. Om det visar sig att så inte är fallet, skall de enskilda avtal som ingår i avtalsnätet inte anses skada konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget. Om det

däremot visar sig att det är svårt att få tillträde till marknaden skall det undersökas i vilken utsträckning de omtvistade avtalen bidrar till den kumulativa verkan, med hänsyn till att det bara är de avtal som i väsentlig mån bidrar till en eventuell avskärmning av marknaden som är förbjudna (se domarna i de ovannämnda målen *Delimitis*, punkterna 23 och 24, och *Langnese-Iglo* mot kommissionen, punkt 99).

- 84 Härav följer, i motsats till vad HB anført, att de avtalade begränsningar som ålagts detaljhandlarna inte bara skall prövas formellt och rättsligt, utan även med beaktande av det specifika ekonomiska sammanhang i vilket de ifrågavarande avtalen förekommer, inklusive de särdrag som den relevanta marknaden uppvisar, vilka i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget i praktiken kan förstärka begränsningarnas verkningar och således konkurrensen på marknaden.
- 85 Den exklusivitetsklausul som återfinns i HB:s distributionsavtal utgör en del i en grupp liknande avtal som tillverkarna på den relevanta marknaden slutit, och är praxis inte bara i Irland, utan även i andra länder (se punkt 79 ovan).
- 86 HB har inte bestridit att 83 procent av detaljhandlarna i Irland under år 1996 hade frysdiskar som tillhandahållits av tillverkarna på liknande villkor som de som föreskrivs i exklusivitetsklausulen. Den praktiska konsekvensen av detta avtalsnät är att de glasstillverkare som inte har en frysdisk på något av dessa försäljningsställen inte har direkt tillgång till dessa för försäljning av sina varor, om inte detaljhandlaren antingen byter en befintlig frysdisk till en egen sådan eller till en frysdisk som tillhandahålls av den nye leverantören eller installerar en ytterligare frysdisk, som ägs av detaljhandlaren eller tillhandahålls av den nye leverantören. En detaljhandlare bryter nämligen mot avtalet om tillhandahållande av frysdisk om han lagrar glass från andra tillverkare tillsammans med glass från den som tillhandahållit frysdisken, även om det finns en efterfrågan av andra

märken. Det är således endast 17 procent av detaljhandlarna som har en egen frysdisk och således har möjlighet att lagra glass från vilken tillverkare som helst. Enligt Lansdowneundersökningen kommer vidare 61 procent av de frysdiskar som tillhandahållits av en tillverkare på den relevanta marknaden från HB, 11 procent från Mars, 9 procent från Valley och 8 procent från Nestlé (se skäl 88 i det omtvistade beslutet). Enligt Rosslynundersökningen kommer 64 procent av de frysdiskar som tillhandahållits av en tillverkare på den relevanta marknaden från HB, 14 procent från Mars och 4 procent från Valley (se skäl 107 i det omtvistade beslutet).

- 87 Det framgår av handlingarna att de försäljningsställen som är viktigast för försäljningen av lösglass i allmänhet har små ytor och följaktligen särskilda utrymmesbegränsningar (se skäl 43 i det omtvistade beslutet). Förstainstansrätten konstaterar att vad HB anfört, återgivet i punkt 47 ovan, om att kommissionen har överskattat detaljhandlarnas utrymmesbegränsningar inte kan godtas. Även om antalet frysdiskar i Irland har ökat med omkring 16 procent mellan år 1991 och år 1996, såsom HB har uppgivit i sina inlagor, innebär det inte att det inte fanns några sådana begränsningar när det omtvistade beslutet antogs. Prövningen av det omtvistade beslutet skall ske med utgångspunkt i de förhållanden som rådde vid den tidpunkt när det antogs. HB har därvid inte bestridit kommissionens påstående att under år 1996 (se skäl 147), det vill säga strax efter det att den ökning av antalet frysdiskar som åberopats av HB hade ägt rum och två år innan det omtvistade beslutet antogs, hade enligt detaljhandlarnas uppfattning det optimala antalet frysdiskar på ett försäljningsställe under högsäsong i det närmaste uppnåtts. Framför allt ansåg 87 procent av detaljhandlarna enligt Lansdowneundersökningen att det inte var ekonomiskt motiverat att avsätta ytterligare utrymme för installation av ytterligare frysdiskar (se skäl 97 i det omtvistade beslutet).

- 88 På den ifrågasvarande produktmarknaden är det nödvändigt för detaljhandlarna att ha tillgång till åtminstone en frysdisk, egen eller tillhandahållen av en glasstillverkare, för att lagra och exponera glass (se ovan punkt 79). De beslut

som en detaljhandlare som säljer varor för omedelbar konsumtion, såsom sötsaker, chips och kolsyrade drycker, har att fatta när en glasstillverkare erbjuder honom att sälja dennes varor i stället för eller tillsammans med ett befintligt glassortiment är inte detsamma som detaljhandlaren har att fatta när han får motsvarande erbjudande av en tillverkare av andra varor, såsom cigaretter och choklad, vilka inte behöver lagras i en frysdisk utan exponeras på annat sätt. Detaljhandlaren kan nämligen inte under en försöksperiod lagra ett nytt glassortiment vid sidan av andra varor för att pröva huruvida det finns en tillräcklig efterfrågan av detta sortiment, och måste således först fatta ett affärsmässigt beslut huruvida den investering, de risker och de övriga nackdelar som är förenade med installationen av en ny frysdisk, inklusive försäljningsminskningen av andra glassmärken och andra varor, uppvägs av ytterligare intäkter. En rationell detaljhandlare avsätter således endast utrymme för en ytterligare frysdisk för att lagra varor av ett visst märke i denna när försäljningen av detta märke är mer lönsam än försäljningen av andra glassmärken eller andra varor för omedelbar konsumtion.

89 Förstainstansrätten framhåller att under de förhållanden som angivits i bland annat punkterna 85–88 ovan är tillhandahållande av en frysdisk ”utan kostnad”, den uppenbara populariteten hos HB:s varor, omfattningen av HB:s sortiment och de fördelar som försäljningen av företagets varor är förknippade med mycket viktiga faktorer för detaljhandlarna när de undersöker möjligheterna att installera en ytterligare frysdisk för försäljning av ett ytterligare glassortiment, även om det rör sig om ett begränsat sådant, eller *a fortiori* att säga upp avtalet med HB för att byta ut dess frysdisk antingen till en egen sådan eller till en som tillhandahålls av en annan tillverkare, sannolikt också med villkor om exklusivitet.

90 HB har dessutom sedan flera år en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Dess marknadsandel var när det omtvistade beslutet antogs 89 procent av den relevanta marknaden, såväl i fråga om volym som omsättning, medan återstoden av marknaden delas mellan flera mindre tillverkare (se förstainstansrättens bedömning i punkterna 155 och 156 nedan). Denna ställning på marknaden visas också av hur välkänt varumärket HB är och av hur populärt

dess sortiment är i Irland. Kommissionen har således, vid bedömningen av exklusivitetsklausulens verkningar på den relevanta marknaden, korrekt kunnat beakta att HB har en dominerande ställning på den relevanta marknaden för att fastställa villkoren på den ifrågavarande marknaden. Den bedömningen har således inte, såsom HB gjort gällande, "förvrängts". Enligt rättspraxis på området innebär nämligen konstaterandet att ett företag har en dominerande ställning inte i sig någon anmärkning mot det berörda företaget (se domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 57, svensk specialutgåva, volym 7, s. 251, och av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-1365, punkt 37).

- 91 Kommissionen har således inte bestraffat HB för dess legitima kommersiella framgång genom att beakta populariteten hos deras glass och dess ställning på den relevanta marknaden. Den har helt enkelt identifierat det verkliga beroendet för detaljhandlarna till följd av HB:s tillhandahållande av frysdiskar på försäljningsställena, HB:s dominerande ställning på den relevanta marknaden, populariteten hos HB:s sortiment, de begränsningar som följer av bristen på utrymme i ett typiskt försäljningsställe samt de nackdelar och risker som är förknippade med att föra ett andra glassmärke, vilka alla ingår i förevarande ekonomiska sammanhang.
- 92 De åtgärder som HB vidtagit för att säkerställa iakttagandet av exklusivitetsklausulen medför att detaljhandlarna agerar annorlunda i förhållande till HB:s varor jämfört med glass av andra märken, på ett sätt som riskerar att snedvrider konkurrensen på den relevanta marknaden. Dessa verkningar visas klart av att detaljhandlare lagrar glass av andra märken vid sidan av HB:s i samma frysdisk när de anser att de är fria att göra det.
- 93 Det framgår av handlingarna i målet och av det omtvistade beslutet (se skäl 48) att Mars från sitt inträde på marknaden år 1989 har tagit en del av denna, men att HB:s reaktion och dess insisterande på att detaljhandlarna skall iaktta

exklusivitetsklausulen har vänt denna utveckling. Efter High Courts interimistiska beslut år 1990, i vilket Mars förbjöds att uppmana detaljhandlarna att lagra dess glassar i frysdiskar som tillhandahållits av HB, har den procentuella andelen av det totala antalet försäljningsställen för lösglass som säljer Mars glassar sjunkit från 42 procent till under 20 procent. Denna omständighet visar enligt Mars att det fanns en efterfrågan på den relevanta marknaden av glass som tillverkats av HB:s konkurrenter, och att exklusivitetsklausulen påverkar deras möjligheter att komma in och etablera sig på denna.

- 94 Av Rosslynundersökningen framgår också att en stor del (mer än ...) ¹ procent av detaljhandlarna skulle föra ett större sortiment om exklusivitetsklausulerna i tillverkarnas distributionsavtal upphörde (se skäl 120 i det omtvistade beslutet). Detta visar att dessa klausuler, i strid med vad HB gjort gällande (se punkt 51 ovan), inte bara medför att konsumenternas valmöjligheter minskar, utan också att priskonkurrensen mellan leverantörerna minskar. Den omständigheten att omkring 44 procent av försäljningsställena säljer två glassmärken visar inte, såsom HB påstått, att konkurrensen mellan olika varumärken inte påverkas av exklusivitetsklausulen.
- 95 På de irländska stormarknader där inte någon exklusivitetsklausul för frysdiskar tillämpas säljs glassar från andra tillverkare vid sidan av HB:s glassar. Vid förhandlingen uppgav Richmond att de levererade glass till 65 procent av stormarknaderna, men bara till 8 procent av detaljhandlarna. I Förenade kungariket, där distributionssystemet för lösglass är annorlunda, har Richmond en marknadsandel på 24 procent, medan dess andel av den relevanta marknaden endast är 2 procent. Dessa omständigheter visar att när det är möjligt att lagra ett andra glassmärke i en enda frysdisk är ett betydande antal detaljhandlare benägna att göra så. Att de inte gör så beror på den omfattande förekomsten av exklusivitetsklausuler på den relevanta marknaden.

1 — Konfidentiella uppgifter har utelämnats.

- 96 Kommissionens uppfattning att exklusivitetsklausulen hindrar HB:s konkurrenter från att inträda på marknaden stöds även av HB:s egen bedömning av denna klausuls fördelar. Det framgår av det omtvistade beslutet att företagen i Unileverkoncernen när Mars inträdde på den europeiska marknaden i slutet av 1980-talet fäste stor vikt vid att tillhandahålla frysdisk för exklusiv användning av dessa företag (se skälen 64–68 i det omtvistade beslutet), och att dessa företag själva ansåg att detta kunde medföra en exklusiv tillgång till de ifrågavarande försäljningsställena. I en handling från Unileverkoncernen av år 1989 med titeln ”Marknadsföringsstrategi för glass i Europa” har exklusivitetsklausulens vikt och nödvändigheten av att bibehålla ägandet av frysdiskarna framställts på följande sätt:

”Vi måste behålla äganderätten till frysdysken, i synnerhet i de fall där distributionen sköts av tredje part för att också i fortsättningen ett enda märke, så långt som möjligt genom exklusivt avtal, skall levereras till frysen och de facto till försäljningsstället.”

- 97 Förstainstansrätten bedömer mot denna bakgrund att kommissionen på ett tillfredsställande sätt har visat att det, oaktat HB:s välkända varor på den relevanta marknaden och att HB erbjuder ett komplett sortiment med många glassar som är mycket populära hos konsumenterna, finns objektiva och detaljerade omständigheter som klart visar att det i Irland finns en efterfrågan på glass från andra tillverkare när sådana erbjuds, även om dessa tillverkare erbjuder ett mindre fullständigt sortiment, det vill säga de tillverkare som, såsom Mars, erbjuder en mycket specialiserad vara. Kommissionen har därvid visat att ett betydande antal detaljhandlare är benägna att lagra lösglass från ett flertal tillverkare under förutsättning att de får lagra dem i samma frysdisk, och att de är föga benägna att göra så om de måste installera ytterligare en frysdisk, egen eller från en annan tillverkare. HB:s påstående att detaljhandlarnas motvilja mot att sälja glass från andra tillverkare inte beror på exklusivitetsklausulen, utan på att det inte finns någon sådan efterfrågan på den relevanta marknaden, skall således lämnas utan avseende.

- 98 Det var även korrekt av kommissionen att, avseende särdragen hos de ifrågavarande varorna och det förevarande ekonomiska sammanhanget, slå fast att HB:s nät av distributionsavtal och tillhandahållande av frysdisk "utan kostnad" med användning av exklusivitetsklausulen haft en påtagligt avhållande verkan på detaljhandlarna när det gäller installation av en egen frysdisk eller en frysdisk från en annan tillverkare, och att den i praktiken bundit de försäljningsställen som endast haft tillgång till en frysdisk från HB, det vill säga 40 procent av den relevanta marknaden. Även om de detaljhandlare som endast haft tillgång till HB:s frysdisk teoretiskt haft möjlighet att sälja glassar från andra tillverkare, har exklusivitetsklausulen nämligen begränsat detaljhandlarnas affärsmässiga frihet och fått dem att välja att sälja HB:s varor på sina försäljningsställen.
- 99 HB har, för det fall förstainstansrätten skulle slå fast att exklusivitetsklausulen i praktiken binder försäljningsställena, anfört att graden av avskärmning till följd av dessa avtal inte överstiger 6 procent av försäljningsställena på den relevanta marknaden, och att avtalen inte medför någon märkbar begränsning av konkurrensen på denna marknad. HB har således anfört att kommissionens bedömning att 40 procent av försäljningsställena på den relevanta marknaden är avskärmade är uppenbart felaktig. HB har särskilt framhållit att denna procentsats blivit alltför hög eftersom kommissionen räknat in tre kategorier av försäljningsställen som inte skall anses vara avskärmade (se punkt 46 ovan). Vid bedömningen av graden av avskärmning av marknaden skall enligt HB endast de försäljningsställen där detaljhandlaren önskar byta leverantör men inte kan göra det beaktas.
- 100 Dessa påståenden skall inte godtas.
- 101 HB har gjort gällande (se punkterna 46 och 47 ovan) att detaljhandlarna på de 6 procent av försäljningsställena som har mer än en frysdisk från HB (och som således har plats att installera mer än en frysdisk) endast är benägna att byta ut en av HB:s frysdiskar när de bedömer att ett sådant byte och försäljning av ett annat

glassmärke skulle ge minst samma omsättning som den de har när de säljer HB:s glass. Det framgår emellertid av handlingarna i målet att detaljhandlarna endast i undantagsfall väljer att byta ut en av de frysdiskar som HB tillhandahållit mot en egen sådan eller en som tillhandahålls av en annan tillverkare, framför allt till följd av den stora populariteten hos HB:s glassar på den relevanta marknaden.

- 102 De ifrågavarande 6 procenten av försäljningsställena och de 27 procent av försäljningsställena som har en frysdisk från HB och där detaljhandlarna inte är intresserade av att föra andra glassmärken än HB (enligt HB:s bedömning av uppgifterna i Lansdowneundersökningen) skall enligt förstainstansrätten inte uteslutas vid bedömningen av graden av avskärmning av den relevanta marknaden. Dessa detaljhandlare står nämligen, till följd av hur exklusivitetsklausulen fungerar, inför en situation som snedvrider deras affärsmässiga valmöjligheter. Mot bakgrund av i synnerhet HB:s ställning på marknaden och den omständigheten att ingen av dess konkurrenter kan erbjuda ett lika välkänt och omfattande sortiment som HB, och de utrymmesbegränsningar som redovisats i punkt 87 ovan, motiverar inte de berörda detaljhandlarna att sälja varor från andra tillverkare i tillräckligt hög grad, särskilt när andra tillverkare endast kan erbjuda ett begränsat sortiment, byta ut HB:s frysdiskar eller installera en ytterligare frysdisk (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 108).
- 103 När det gäller den tredje kategorin av försäljningsställena, det vill säga där detaljhandlarna påstås vara intresserade av att lagra andra glassmärken och har möjlighet att göra det men inte har gjort så, varierar deras antal enligt de uppgifter som HB lämnat på grundval av Lansdowneundersökningen mellan 2 procent och 5 procent. Även om denna kategori inte klart har definierats av HB, utgör den således endast en mindre del av totalt 40 procent av försäljningsställena, och motsäger således inte kommissionens bedömning i det omtvistade beslutet att den andel som omfattas av HB:s avtalsnät utgör omkring 40 procent av det totala antalet försäljningsställena på den relevanta marknaden.

104 När det gäller de två sistnämnda kategorierna av försäljningsställena framhåller förstainstansrätten vidare att de uppgifter som HB lämnat, som grundas på dess bedömningar utifrån Lansdowneundersökningen, inte motsäger kommissionens bedömning av graden av avskärmning av den relevanta marknaden. I avsaknad av förklaring från HB:s sida varför å ena sidan 27 procent av försäljningsställena i fråga inte är intresserade av att lagra andra glassmärken än HB:s, och å andra sidan att de 2–5 procent av ifrågavarande försäljningsställena som är intresserade av att föra andra glassmärken inte vidtagit de nödvändiga åtgärderna för att göra så, är det nämligen möjligt att dessa omständigheter kan tillskrivas de faktorer som kommissionen uppgivit (se särskilt skälen 157–184 i det omtvistade beslutet), vilka förstärker de konkurrensbegränsningar på den relevanta marknaden som exklusivitetsklausulen ger upphov till och i praktiken skapar ett affärsmässigt beroendeförhållande gentemot HB för huvuddelen av detaljhandlarna.

105 HB har uppgett att den ensamrätt till frysdiskar som följer av exklusivitetsklausulen inte skall anses utgöra en ensamrätt till försäljningsstället eftersom detaljhandlarna har möjlighet att när som helst säga upp sitt distributionsavtal med HB. Denna möjlighet utgör emellertid inte på något sätt ett hinder mot den faktiska tillämpningen av ifrågavarande avtal så länge den inte utnyttjats. Bedömningen av avtalens faktiska verkan på den relevanta marknaden skall således ske utifrån faktisk löptid (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 111). HB har anfört, vilket kommissionen godtagit, att detaljhandlarna har möjlighet att säga upp exklusivitetsklausulen efter en mycket kort uppsägningstid, för att inte säga omedelbart, medan det i andra medlemsstater är så att exklusivitetsklausuler är förenade med åtaganden på flera månader eller till och med flera år. Ett sådant påstående vore övertygande om denna möjlighet utnyttjades i praktiken och försäljningsställena sålunda regelbundet var disponibla för nya företag på den relevanta marknaden. Såsom kommissionen visat är så inte fallet. HB:s distributionsavtal sägs i genomsnitt upp vart åttonde år. Vad HB anfört om möjligheten att säga upp distributionsavtal medför således inte någon annan bedömning, eftersom denna möjlighet inte bidrar till att minska graden av avskärmning av marknaden.

106 Vad gäller det HB anfört angående tillämpningen av ”rule of reason” i förevarande fall understryker förstainstansrätten att det inte finns någon sådan bestämmelse i gemenskapens konkurrensrätt. En sådan tolkning av artikel 85.1 i EG-fördraget som HB har förordat vore svårförenlig med det sätt på vilket artikel 85 är uppbyggd.

107 I artikel 85.3 i fördraget föreskrivs uttryckligen att konkurrensbegränsande avtal kan undantas om de uppfyller vissa villkor, i synnerhet att de skall vara nödvändiga för att uppnå vissa mål och att de inte skall ge företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. En avvägning mellan ett avtals konkurrensfrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser får enbart göras inom de klara gränserna för denna bestämmelse (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Pronuptia, punkt 24, samt förstainstansrättens dom av den 15 juli 1994 i mål T-17/93, Matra Hachette mot kommissionen, REG 1994, s. II-595, punkt 48, och av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 136). Artikel 85.3 i fördraget skulle förlora en stor del av sin ändamålsenliga verkan om en sådan avvägning skulle göras redan enligt artikel 85.1 i fördraget (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 8 juli 1999 i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen, REG 1999, s. I-4539, punkt 133, samt förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-14/89, Montedipe mot kommissionen, REG 1992, s. II-1155, punkt 265, och av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 109. Se även förstainstansrättens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2459, punkterna 72–74).

108 Det kan vidare inte med säkerhet fastställas att konkurrensen automatiskt hindras, begränsas eller snedvrids på ett märkbart sätt endast på grund av att HB:s avtalsnät omfattar omkring 40 procent av försäljningsställena. Denna omständighet innebär, såsom HB påpekade vid förhandlingen, att 60 procent — således en majoritet — av försäljningsställena på den relevanta marknaden inte avskärmats till följd av exklusivitetsklausulen.

- 109 Vid bedömningen av verkningarna av ett sådant avtalsnät skall hänsyn tas till det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i och i vilket det, tillsammans med andra avtal, kan ha en kumulativ inverkan på konkurrensen (se domarna i de ovannämnda målen *Delimitis*, punkt 14, och *Langnese-Iglo* mot kommissionen, punkt 100).
- 110 Kommissionen har i det omtvistade beslutet beaktat verkningarna på konkurrensen av inte bara HB:s distributionsavtal, men också av de olika avtalsnät avseende frysdiskar där en exklusivitetsklausul används av andra tillverkare på den relevanta marknaden. Det framgår av det omtvistade beslutet att 55 procent av försäljningsställena endast hade tillgång till en eller två frysdiskar från HB, medan 14 procent hade tillgång till en frysdisk från HB och en från Mars, och 7 procent hade en frysdisk från HB och en från en annan tillverkare än Mars (se skäl 108). Kommissionen har också anfört att exklusivitetsklausulen, som gäller för frysdiskar på 83 procent av försäljningsställena på den relevanta marknaden (se punkterna 18 och 86 ovan), utgör ett betydande praktiskt och ekonomiskt hinder för inträde på marknaden och för andra tillverkares expansion (se skälen 185–194).
- 111 Eftersom andra tillverkare än HB också tillhandahåller frysdiskar till detaljhandlarna på mycket likartade villkor (se bland annat punkt 85 ovan) och samma utrymmesbegränsningar råder, var det korrekt av kommissionen att i det omtvistade beslutet slå fast att de svårigheter att, på de försäljningsställen som endast har en frysdisk från HB, övertala dessa detaljhandlare att byta ut denna eller komplettera HB:s frysdisk med en ytterligare sådan för lösglass också gäller alla andra frysdiskar som tillhandahålls med förbehåll om exklusivitet, även om övriga tillverkare inte har samma ställning och popularitet som HB på den relevanta marknaden. Konkurrerande leverantörers tillträde till marknaden försvåras av en rad faktorer, såsom detaljhandlarnas kostnader för inköp och underhåll av en frysdisk samt deras ovilja att ta risker och att avbryta etablerade relationer med dem som tillhandahåller dem glass. Det avtalsnät som finns på den relevanta marknaden påverkar således 83 procent av försäljningsställena på denna.

- 112 Den grad av bundenhet som följer av ett nät av exklusiva avtal är, även om den har en viss betydelse för bedömningen av avskärmningen av marknaden, bara en omständighet bland andra i det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket ett avtalsnät skall bedömas (se domarna i de ovannämnda målen *Delimitis*, punkterna 19 och 20, och *Langnese-Iglo* mot kommissionen, punkt 101). Förutom denna omständighet skall även villkoren på marknaden bedömas, och i synnerhet de faktiska konkreta möjligheterna för nya företag att ta sig in på marknaden trots förekomsten av detta avtalsnät.
- 113 Det var vidare korrekt av kommissionen att i det omtvistade beslutet slå fast att tillhandahållandet till detaljhandlarna av frysdiskar med förbehåll om exklusivitet och kostnaderna för underhåll av frysdiskarna utgör ett ekonomiskt hinder för nya företag att ta sig in på marknaden i fråga, och för befintliga leverantörer att expandera på denna. Det skall därvid konstateras att det inte finns någon objektiv bindning mellan tillhandahållande av en frysdisk med förbehåll om exklusivitet och försäljning av glass. Det framgår emellertid av det omtvistade beslutet att detaljhandlarna inte är beredda att ta emot frysdiskar från leverantörer som inte kan erbjuda minst lika förmånliga villkor som de leverantörer som redan har en frysdisk installerad på försäljningsstället i fråga erbjuder eller som de som i allmänhet erbjuds av leverantörerna på denna marknad. Detta innebär på den relevanta marknaden att leverantören måste tillhandahålla frysdiskens "utan kostnad" och även underhålla den. Såsom kommissionen framhållit i det omtvistade beslutet (se bland annat skäl 189) gör således den investering som krävs för att förvärva en uppsättning frysdiskar, för att installera på försäljningsställena och för att uppnå en lönsam distributionsnivå för en leverantör, det väldigt svårt för i synnerhet små företag och de lösglassleverantörer som tillhandahåller en starkt specialiserad vara att ta sig in på marknaden och bibehålla sin ställning på denna, eftersom det är svårt att för de leverantörer som endast erbjuder ett begränsat sortiment att motivera de investeringar i frysdiskar som krävs. Vad HB anfört om att det skulle vara ekonomiskt motiverat för 47 procent av försäljningsställena att själva äga en frysdisk (se punkt 59 ovan) kan inte godtas. Såväl HB som andra leverantörer tillhandahåller nämligen frysdiskar "utan kostnad" för detaljhandlarna, som därmed saknar anledning att köpa en egen sådan.

- 114 HB har heller inte visat att det vore olämpligt att ta ut en särskild hyra för frysdiskar (se punkt 50 ovan). Det framgår av det omtvistade beslutet att HB i Nordirland tar ut en årlig hyra av detaljhandlarna och beviljar rabatt på de varor som HB levererar till detaljhandlare med egna frysdiskar (se skäl 127). Eftersom det på en annan geografisk marknad är möjligt att ta ut en särskild hyra för tillhandahållande av frysdiskar, följer det att exklusivitetsklausulen inte är nödvändig för att en viss leverantör skall kunna förhindra sina konkurrenter att lagra sina varor i dess frysdiskar. Av samma skäl skulle inte HB vara skyldigt att utan ersättning ta upp frysdiskar avsedda inte endast för dess verksamhet, utan också för dess detaljhandlarkunders och konkurrenters verksamhet, i sina räkenskaper.
- 115 Även om det är ostridigt att tillhandahållandet av frysdiskar till detaljhandlare ger leverantörerna och detaljhandlarna vissa ekonomiska och praktiska fördelar, skall det framför allt konstateras att när frysdiskar tillhandahålls med ett förbehåll om exklusivitet under sådana förhållanden som råder på den relevanta marknaden motverkas de ekonomiska fördelarna av exklusivitetsklausulens negativa verkningar på konkurrensen. Vad HB gjort gällande i sina inlagor om att detta förfarande skall godtas om det finns objektiva affärsmässiga skäl för det skall således inte godtas.
- 116 Det framgår vidare av handlingarna att den omständigheten att oberoende försäljning av lösglass inte är utvecklad i Irland tyder på att tillträde till marknaden via sådana oberoende mellanhänder försvårats. Vidare utgör styrkan hos befintliga varumärken på den relevanta marknaden och kundernas lojalitet ett avsevärt hinder för nya aktörer (se skäl 195 i det omtvistade beslutet).
- 117 Vad gäller vad HB anfört om att det finns minst fem tillverkare som kämpar om den relevanta marknaden, framgår det av handlingarna att de andra lösglassleverantörerna endast har en mycket begränsad andel av denna marknad. Under

perioden juni–juli 1997 hade Mars, HB:s störste konkurrent, en marknadsandel på endast 4–5 procent i volym och värde. Den sammanlagda marknadsandelen för Mars, Valley och Leadmore minskade vidare under de år som föregick det omtvistade beslutet (se skälen 32–37 i det omtvistade beslutet). Den svaga ställning på marknaden som HB:s konkurrenter har skall således i vart fall delvis anses bero på att HB tillhandahåller frysdiskar utan ersättning.

- 118 Det framgår således av prövningen av de distributionsavtal som förekommer på den relevanta marknaden och av övriga omständigheter avseende det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket dessa ingår att de distributionsavtal som HB träffat kan påverka konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget, och bidrar väsentligt till en avskärmning av marknaden.
- 119 Talan skall således inte bifallas på den första eller den andra grunden, avseende uppenbar felbedömning av omständigheterna och åsidosättande av artikel 85.1 i EG-fördraget.

Den tredje grunden, angående felaktig tillämpning av artikel 85.3 i EG-fördraget

Parternas yttranden

- 120 HB har gjort gällande att exklusivitetsklausulen omfattas av artikel 85.3 i EG-fördraget och därmed kan undantas från bestämmelsens tillämpningsområde. HB

har bestridit kommissionens påstående i det omtvistade beslutet att de konkurrensbegränsande verkningarna av dess avtalsnät för tillhandahållande av frysdiskar överstiger de positiva verkningarna på distributionen som detta avtalsnät medför. HB har även bestridit att dessa fördelar endast kommer HB och dess återförsäljare till godo, och inte kompenserar för de nackdelar som dessa avtal mer allmänt medför för konkurrensen. HB har slutligen ifrågasatt slutsatsen i skäl 234 i det omtvistade beslutet att fördelen att omfatta hela territoriet som följer av exklusivitetsklausulen inte uppväger den nackdel att marknaden avskämmas, som också den är ett resultat av HB:s avtalsnät för frysdiskar.

- 121 HB har mer specifikt anfört att det omtvistade beslutet innehåller tre felaktiga rättsliga bedömningar avseende artikel 85.3 i EG-fördraget.
- 122 Den första är att det omtvistade beslutet innehåller ett grundläggande logiskt felslut angående förhållandet mellan artikel 85.1 och 85.3 i EG-fördraget. Enligt HB har det i beslutet angivits att det vid tillämpningen av artikel 85.3 i EG-fördraget skall göras en intresseavvägning mellan å ena sidan begränsningen av konkurrensen och å andra sidan de fördelar som kan motivera ett undantag (se skälen 222–225 i det omtvistade beslutet). Enligt det omtvistade beslutet har HB, genom att konkurrera alltför effektivt och skapa fördelar för detaljhandlare och konsumenter, begränsat konkurrensen i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget (se skäl 226). Eftersom dessa fördelar påstås medföra konkurrensbegränsningar skall de inte beaktas vid en bedömning av huruvida undantag skall medges enligt artikel 85.3 i EG-fördraget. Kommissionens resonemang skapar en ”ond cirkel”.
- 123 Den andra felbedömningen är att villkoren för tillämpning av artikel 85.3 i EG-fördraget är kumulativa, så att vart och ett av dem skall vara uppfyllt för att undantag skall meddelas. Frågan huruvida villkoren är uppfyllda skall prövas

särskilt för vart och ett av dessa. Kommissionen kan således inte göra gällande att de fördelar som HB:s avtal om frysdiskar medför automatiskt motverkas av avtalens konkurrensbegränsande verkningar, eftersom frågan huruvida konkurrensen sätts ur spel skall prövas särskilt, och inte tillsammans med de fördelar som de ifrågavarande avtalen medför. Förstainstansrätten har klart uppställt detta krav i punkt 122 i domen i det ovannämnda målet *Matra Hachette* mot kommissionen. HB har anfört att kommissionen fastslagit att fördelarna för detaljhandlarna i form av minskade transportkostnader och regelbundna leveranser, fördelarna för leverantörerna i form av enklare planering och förbättrad logistik samt stimulansen på efterfrågan som en ökad tillgänglighet och synlighet av varorna medför kan lämnas utan avseende på grund av de föregivet negativa verkningarna på konkurrensen på den relevanta marknaden. I motsats till vad kommissionen anfört (se punkt 130 nedan) är, när de fördelar som ett avtal medför väl har identifierats, frågan om avskärmning av marknaden endast relevant för bedömningen av frågan huruvida konkurrensen sätts ur spel för en väsentlig del av varorna enligt artikel 85.3 i EG-fördraget. Punkt 180 i den ovannämnda domen i målet *Langnese-Iglo* mot kommissionen motsäger inte vad HB anfört i denna del (se punkt 130 nedan).

124 HB har för det tredje gjort gällande att kommissionens prövning enligt artikel 85.3 i EG-fördraget varit bristfällig, genom att dess utgångspunkt varit att den relevanta marknaden avskärmats. Den faktiska graden av avskärmning har nämligen inte överstigit 6 procent.

125 HB har även gjort gällande att kommissionens närmare tillämpning av vissa villkor i artikel 85.3 i EG-fördraget är felaktig i rättsligt hänseende. I det omtvistade beslutet (se skäl 227) har det angivits att förekomsten av frysdiskar på ett mycket stort antal försäljningsställen på hela den geografiska marknaden, som till stor del är frysdiskar som tillhandahållits av HB, medför objektiva fördelar, särskilt i fråga om distribution, och att exklusivitetsklausulen bidrar till att skapa dessa fördelar. Kommissionen har emellertid sökt förneka denna fördel genom att utgå ifrån att HB för att maximera sin vinst kommer att fortsätta att tillhandahålla dessa även utan exklusivitetsklausul. Kommissionen kan emellertid inte utgå ifrån att HB kommer att fortsätta att tillhandahålla frysdiskar även om

man förhindras att använda exklusivitetsklausulen. HB har vidare anfört att i motsats till vad kommissionen uttalat i skälen 232 och 233 i det omtvistade beslutet, kan det inte presumeras att det finns konkurrerande leverantörer som lika kostnadseffektivt som HB kan producera ett sortiment som motsvarar HB:s, och som därmed på ett vinstgivande sätt kan distribuera sina varor till försäljningsställena med en omsättning som är alltför låg för att vara intressant och till detaljhandlare som, om de inte längre skulle få sin glass från HB, själva skulle kunna tillhandahålla frysdiskar. Det har inte heller vare sig visats att en oberoende återförsäljare skulle kunna distribuera varor till en lägre kostnad eller på ett mer effektivt sätt än HB, eller att uppkomsten av en ny form av grossist skulle hindras redan till följd av arten av HB:s avtal om frysdiskar.

126 HB har när det gäller distribution gjort gällande att uttrycket nödvändiga inte innebär att det inte får finnas något annat system för distribution av varor, utan endast att begränsningarna är nödvändiga för att genomföra tillverkarens val av distributionsmetod och medför förbättringar i den mening som avses i artikel 85.3 i EG-fördraget. I den utsträckning som exklusivitet till ett försäljningsställe kan anses nödvändig för att säkerställa sådana förbättringar, såsom det klart har gjorts i undantagen för kategorier av distributionsavtal och exklusiva leveransavtal, borde även detta gälla för exklusivitetsklausuler till frysdiskar.

127 Ett förbud mot exklusivitetsklausulen skulle enligt HB medföra negativa verkningar för dess situation och på distributionsavtalen. För det första skulle HB få en konkurrensnackdel till följd av att en konkurrent skulle kunna tillåtas att använda HB:s tillgångar utan att själv behöva investera i tillhandahållande av frysdisk på det berörda försäljningsstället, och samtidigt kunna hindra HB från att få tillgång till frysdiskar som konkurrenten tillhandahållit. För det andra skulle det inte vara möjligt att tillhandahålla ett lika komplett sortiment av HB:s varor i frysdisk, vilket skulle medföra en risk för minskad försäljning. I den mån som kostnader för tillhandahållande och underhåll av frysdiskar betalas genom försäljning av glass från HB skulle dessa kostnader i motsvarande mån inte längre täckas av sådana intäkter. För det tredje skulle kostnaden för glassdistribution öka för såväl de försäljningsställena som det omtvistade beslutet avser som för övriga försäljningsställena.

- 128 HB har anfört att dess distributionssystem medför fördelar för konsumenterna på det sätt som föreskrivs i artikel 85.3 i EG-fördraget. Om så inte var fallet skulle kommissionen inte ha utfärdat det gruppundantag som antagits med stöd av artikel 19.3 i förordning nr 17 (se punkt 12 ovan), i vilken den angav att det var motiverat med ett undantag, och detta skulle också strida mot en betydande del av logiken bakom gruppundantaget i förordning nr (EEG) 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal (EGT L 173, s. 5; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 52).
- 129 HB har gjort gällande att dess distributionsavtal inte gör det möjligt att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga eftersom 60 procent av den relevanta marknaden enligt kommissionen inte har avskärmats. Hänvisningen i skäl 245 i det omtvistade beslutet till att det var länge sedan konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden förändrades är felaktig, eftersom kommissionen inte beaktat att stora leverantörer som Mars, Nestlé och Häagen-Dazs nyligen inträtt på marknaden.
- 130 Kommissionen har gjort gällande att det omtvistade beslutet inte innehåller något sådant grundläggande logiskt felslut. Undantag skall endast meddelas efter en avvägning mellan de konkurrensbegränsande verkningarna av avtalet och de fördelar som det medför. Dessa fördelar ”skall inte utgöras av alla de fördelar som parterna har av avtalet”. I det omtvistade beslutet har kommissionen gjort en separat prövning av vart och ett av villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget, och kommit fram till att HB:s avtal inte uppfyller dessa villkor eftersom de inte bidrar till att förbättra distributionen av varor, inte tillförsäkrar konsumenterna en skälig del av den vinst som systemet medför, inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål och ger HB möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Kommissionen har särskilt hänvisat till punkt 180 i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen och till punkt 142 i domen i det ovannämnda målet Schöller mot kommissionen, och anfört att dess bedömning av det första av de fyra villkor som uppställs i artikel 85.3 i EG-fördraget inte innefattar någon felaktig rättslig bedömning.

- 131 HB:s ansökan är endast inriktad på ett av de fyra villkor som måste vara uppfyllda för att undantag skall meddelas, det vill säga förbättring av distributionen av varor eller främjande av teknisk eller ekonomisk utveckling, utan att gå in på de andra villkoren i detalj. HB har heller inte visat på vilket sätt de påstådda förbättringarna av distributionen är en följd av exklusivitetsklausulen och inte av andra faktorer.
- 132 Kommissionen har anfört att samtliga villkor i artikel 85.3 i EG-fördraget skall vara uppfyllda samtidigt. HB har inte invänt mot eller ifrågasatt bedömningen i skälen 239 och 240 i det omtvistade beslutet att exklusivitetsklausulen minskar konsumenternas valmöjligheter utan att säkerställa att effektivitetsvinster förs vidare till konsumenterna. Kommissionen bestrider HB:s påstående att exklusivitetsklausulen skulle kunna undantas i analogi med gruppundantagen för exklusiva distributionsavtal och exklusiva inköpsavtal. Avvägningen mellan avtalens konkurrensbegränsande verkningar och de fördelar de medför, där begreppet nödvändig är en viktig del, är annorlunda när det gäller lösglass. Medan vertikala begränsningar för detaljhandlarna kan godtas för många varor eftersom de stimulerar konkurrensen mellan varumärken, är en sådan konkurrens mindre sannolik när det gäller varor för omedelbar konsumtion. Konsumenterna befinner sig då i allmänhet inte i en affär i syfte att köpa just en sådan vara, och jämför inte sådana varor i en butik med motsvarande varor i en annan. Dessutom förloras möjligheterna till gruppundantag när konkurrensen för ifrågavarande varor är otillräcklig, vilket var fallet i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen. Vidare innebär den omständigheten att det medför nackdelar för HB att tvingas överge en viss affärsmetod inte att denna affärsmetod är nödvändig.
- 133 Vad gäller villkoret i artikel 85.3 i EG-fördraget angående möjligheterna att sätta konkurrensen ur spel har kommissionen anfört att HB inte har uttalat sig angående vad som angivits i skälen 242–246 i det omtvistade beslutet om den bristande konkurrensen på den relevanta marknaden och svårigheterna för nya leverantörer att ta sig in på marknaden. HB har endast bestridit att

konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden inte har förändrats märkbart på många år (skäl 245 i det omtvistade beslutet). Kommissionen har anfört att HB alltså har en dominerande ställning på denna, med en marknadsandel på 80 procent.

- 134 Kommissionen har gjort gällande att vad HB anfört enligt punkt 128 ovan är felaktigt och utgör en ny grund som inte åberopats i ansökan. Denna skall således avvisas enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna.

Förstainstansrättens bedömning

- 135 Enligt fast rättspraxis skall förstainstansrättens prövning av de invecklade ekonomiska bedömningar som kommissionen gjort i samband med att den har utövat sin prövningsrätt enligt artikel 85.3 i EG-fördraget med avseende på vart och ett av de fyra villkoren som den bestämmelsen innehåller begränsas till en kontroll av iakttagandet av förfarandereglerna och till motiven och den materiella riktigheten av sakförhållandena, avsaknaden av ett tydligt fel och överskridandet av behörigheten (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92 och T-40/92, CB och Europay mot kommissionen, REG 1994, s. II-49, punkt 109, i det ovannämnda målet *Matra Hachette* mot kommissionen, punkt 104, och av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-289, punkt 288). Det är inte förstainstansrättens uppgift att ersätta kommissionens bedömning med sin egen.
- 136 Dessutom följer av fast rättspraxis att det vid en ansökan om undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget, i första hand ankommer på de berörda företagen att inför kommissionen lägga fram sådan bevisning att det kan fastställas att avtalet uppfyller villkoren i artikel 85.3 i fördraget (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1984, s. 19, punkt 52, och av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkt 45, samt förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet *Langnese-Iglo* mot kommissionen, punkt 179).

- 137 För att kommissionen skall meddela individuellt undantag förutsätts att ett avtal eller ett beslut av en företagssammanslutning uppfyller samtliga fyra villkor som anges i artikel 85.3 i EG-fördraget. Om ett av dessa villkor inte är uppfyllt skall undantag inte medges (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet VBVB och VBBB mot kommissionen, punkt 61, domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-1611, punkt 34, och domarna i de ovannämnda målen Matra Hachette mot kommissionen, punkt 104, och SPO m.fl. mot kommissionen, punkterna 267 och 286).
- 138 I motsats till vad HB har angivit i punkt 123 ovan framgår det klart av det omtvistade beslutet att kommissionen i detalj har prövat HB:s distributionsavtal mot bakgrund av vart och ett av de fyra villkor som anges i artikel 85.3 i EG-fördraget (se skälen 221–254 i det omtvistade beslutet).
- 139 Vad gäller det första av de fyra villkoren i artikel 85.3 i fördraget kan undantag enligt den bestämmelsens lydelse komma i fråga för avtal ”som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande”. Det framgår av domstolens praxis att en sådan förbättring inte kan anses liktydlig med alla de fördelar som parterna genom avtalet kan uppnå inom sin produktions- eller distributionsverksamhet. Förbättringen skall särskilt innebära väsentliga objektiva fördelar som kan kompensera de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (se dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, på s. 502, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, och i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 180).
- 140 Prövningen av detta första villkor har redovisats i skälen 222–238 i det omtvistade beslutet. Kommissionen har bland annat angivit att HB:s avtal om tillhandahållande av frysdiskar kan medföra samtliga eller vissa av de fördelar som angivits i femte skälet i förordning nr 1984/83 såväl för HB själv som för de detaljhandlare som träffat sådant avtal, och att den distributionsmetod som HB för närvarande använder kan medföra fördelar för såväl HB som för

detaljhandlarna i fråga om möjligheter till en mer effektiv planering, organisation och distribution. Kommissionen har emellertid inte ansett att dessa avtal innebär väsentliga objektiva fördelar som kan kompensera de nackdelar som avtalen medför för konkurrensen. Den har bedömt att de ifrågavarande avtalen om tillhandahållande av frysdiskar i väsentlig mån förstärker HB:s ställning på den relevanta marknaden, i synnerhet gentemot potentiella konkurrenter. Ett stärkande av ställningen på den relevanta marknaden för ett så stort företag som HB främjar inte konkurrensen utan motverkar den, eftersom företagets avtalsnät utgör ett avsevärt hinder för tillträde till marknaden och för befintliga konkurrenters expansion (se bland annat skälen 225 och 236 i det omtvistade beslutet och, analogt, domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 182). Vidare uppgår graden av avskärmning av marknaden till 40 procent (se punkt 98 ovan) och inte till 6 procent, såsom HB har gjort gällande (se punkt 124 ovan).

- 141 Det var således, tvärtemot vad HB anfört (se punkt 123 ovan), korrekt av kommissionen att beakta de hinder för tillträde till marknaden som exklusivitetsklausulen medför, och således den försvagning av konkurrensen som följer därav, vid bedömningen av HB:s distributionsavtal enligt det första villkoret i artikel 85.3 i EG-fördraget (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovannämnda förenade målen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 502, och i målet Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 180). Vad HB anfört i punkt 122 ovan om att skälen 222–225 innefattar ett grundläggande logiskt felslut angående förhållandet mellan artikel 85.1 och artikel 85.3 i EG-fördraget skall således inte godtas, eftersom kommissionen enligt fast rättspraxis på området varit skyldig att pröva huruvida det finns väsentliga objektiva fördelar som kan kompensera de nackdelar som avtalen medför för konkurrensen.

- 142 HB:s distributionsavtal innefattar vidare två särskilda omständigheter. För det första tillhandahåller HB detaljhandlarna frysdiskar ”utan kostnad”, och för det andra åtar sig detaljhandlarna att endast använda dessa frysdiskar för att lagra

HB:s glass. De fördelar som avtalen medför är ett resultat av den förstnämnda omständigheten, och kan således erhållas även i avsaknad av exklusivitetsklausulen.

- 143 Förstainstansrätten delar kommissionens bedömning i skäl 227 i det omtvistade beslutet att även om förekomsten av frysdiskar avsedda för försäljning av lösglass på ett stort antal försäljningsställen på hela den geografiska marknaden, som till stor del utgörs av HB:s nätverk av frysdiskar, utgör en väsentlig objektiv förbättring, av allmänt intresse, av distributionen av dessa varor, är det inte sannolikt att HB skulle upphöra att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlarna, utom i ett litet antal fall, om dess möjlighet att föreskriva en exklusivitetsklausul för dessa frysdiskar begränsades, oavsett villkoren för detta. HB har inte visat att kommissionen gjort en uppenbart felaktig bedömning genom att anse att den affärsmässiga verkligheten för ett företag som HB, som önskar bibehålla sin ställning på den relevanta marknaden, är att se till att finnas på så många försäljningsställen som möjligt (se skäl 228 i det omtvistade beslutet och punkt 125 ovan). Kommissionen har nämligen, tvärtemot vad HB har gjort gällande, inte stannat vid att presumera att HB skulle fortsätta att tillhandahålla frysdiskar på den relevanta marknaden, utan har gjort en prognos avseende den relevanta marknads funktion efter antagandet av det omtvistade beslutet. Tvärtemot vad HB har gjort gällande (se punkt 125 ovan) var det korrekt av kommissionen att slå fast att de tillverkare som konkurrerar med HB skulle kunna tillhandahålla frysdiskar till försäljningsställen vars omsättning av lösglass är alltför låg för att vara av intresse för HB, och göra detta på förmånligare villkor än de som dessa detaljhandlare kunde förvänta sig att få själva om HB upphörde att tillhandahålla frysdiskar till vissa försäljningsställen. På samma sätt var det korrekt av kommissionen att framhålla möjligheten att frysdiskar skulle kunna tillhandahållas av oberoende återförsäljare som får sina varor från olika leverantörer, och att efterfrågan på de försäljningsställen där HB tagit tillbaka sin utrustning eller där HB beslutat att inte tillhandahålla någon sådan därmed skulle tillgodoses. HB kan inte hävda att kommissionens bedömning av utvecklingen är felaktig utan att åberopa konkreta bevis för detta, vilket HB inte gjort i förevarande mål.

- 144 Eftersom HB:s avtalsnät inte uppfyller det första villkoret i artikel 85.3 i EG-fördraget skall talan inte bifallas på den tredje grunden, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida kommissionen har gjort någon uppenbar felbedömning avseende de övriga villkoren i den bestämmelsen. Det är nämligen tillräckligt att ett av villkoren inte är uppfyllt för att ansökan om undantag skall avslås.

Den fjärde grunden, avseende felaktig rättslig bedömning vid tillämpningen av artikel 86 i EG-fördraget

Parternas yttranden

- 145 HB har i sin ansökan inte invänt mot vad som i det omtvistade beslutet anförts angående att företaget har en dominerande ställning, utan endast mot vad som anförts angående missbruk av denna dominerande ställning (se skäl 263), och särskilt att HB har påverkat detaljhandlare att ge företaget en exklusiv ställning genom att tillhandahålla frysdiskar och säkerställa underhållet av dessa utan någon direkt kostnad för detaljhandlaren.
- 146 Vid förhandlingen och i dess yttrande angående Mars interventionsinlägga har HB emellertid gjort gällande att företaget inte har någon dominerande ställning. HB har anförts att, såsom domstolen slagit fast, en dominerande ställning kännetecknas av förmågan att under en längre tid bibehålla sin marknadsandel "utan att de företag som har en väsentligt lägre marknadsandel snabbt kan möta efterfrågan från de företag som vill upphöra att handla med det företag som har den största marknadsandelen" (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 41; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), och att det är uppenbart att HB inte har någon sådan ställning på marknaden. Flera andra företag, i synnerhet multinationella företag som Nestlé och Mars, har tillräcklig kapacitet för att tillgodose behoven för de detaljhandlare som önskar upphöra att göra sina inköp från HB.

- 147 HB har anfört att det är märkligt att anse en allmänt tillämpad affärsmetod, som kommissionen inte anser har till syfte att begränsa konkurrensen och som allmänt anses ge avtalsparterna fördelar, utgöra missbruk.
- 148 HB har bestridit kommissionens påstående att exklusivitetsklausulen begränsar detaljhandlarnas frihet att välja leverantör utifrån den kvalitet de erbjuder. Detta påstående är vidare inte förenligt med vad kommissionen har anfört i skäl 259 i det omtvistade beslutet, där det uttryckligen angivits att en stor majoritet av detaljhandlarna väljer att saluföra HB:s varor, ofta utan att saluföra varor från andra leverantörer. Många av de ifrågavarande detaljhandlarna skulle inte sälja glass över huvud taget ifall inte någon tillhandahöll dem en frysdisk. Tillhandahållande av glass till små detaljhandlare och av frysdiskar förbättrar effektiviteten hos HB och ökar konkurrensen. Vad generaladvokat Jacobs anfört i sitt förslag till avgörande inför domen av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791, s. I-7794), särskilt i punkterna 57 och 65, kan tillämpas också på exklusivitetsklausulen. Tillhandahållande av frysdiskar med tillämpning av en exklusivitetsklausul är en aspekt av konkurrensen på den relevanta marknaden. Enligt HB är dess frysdiskar inte ett ”väsentligt medel”, eftersom det inte finns några materiella hinder för de konkurrenter som önskar installera frysdiskar på de försäljningsställen där man önskar saluföra lösglass från andra leverantörer.
- 149 HB har vidare gjort gällande att kommissionens ståndpunkt angående avskärmning av marknaden inte kan godtas avseende tillämpningen av artikel 86 i EGFördraget, eftersom domstolen eller förstainstansrätten i samtliga fall där vertikal exklusivitet har ansetts utgöra missbruk uttryckligen eller underförstått har tillämpat ett tröskelvärde eller en de minimis-regel avseende graden av marknadsavskärmning (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, svensk specialutgåva, volym 11, s. 249, domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, och förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, svensk specialutgåva, volym 14, s. 1). Eftersom den andel av försäljningsställen som kan vara avskärmade till följd av tillhandahållandet av frysdiskar inte överstiger 6 procent, har tröskelvärdet för att

en marknadsavskärmning till följd av tillämpning av en exklusivitetsklausul skall anses utgöra missbruk inte uppnåtts.

150 HB har i sin replik anfört att kommissionens bedömning enligt artikel 85.1 i EG-fördraget och enligt artikel 86 i EG-fördraget är oupplösligt förbundna eftersom den har "återanvänt" sin bedömning enligt artikel 85 i fördraget vid sin bedömning enligt artikel 86 i fördraget, trots att detta förfarande kritiserats av förstainstansrätten i dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, SIV m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. II-1403, punkt 360, svensk specialutgåva, volym 12, s. 303).

151 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, anfört att begreppet missbruk är ett objektivt begrepp (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen). "Stärkandet av ett företags ställning kan nämligen utgöra sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel 86 i fördraget, oavsett vilka medel som tillämpas, om missbruket har ovan angivna verkningar" (dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, punkt 27; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89). Vad gäller HB:s påstående att exklusivitetsklausulen inte skall anses utgöra missbruk, eftersom den är en allmänt tillämpad affärsmetod, har kommissionen gjort gällande att även en allmänt tillämpad affärsmetod kan utgöra ett missbruk av en dominerande ställning. HB kan inte åberopa att situationen uppkommit till följd av detaljhandlarnas fria val, eftersom HB förmått dem att ingå avtal som innehåller en exklusivitetsklausul, vilket är vad som utgör missbruket.

152 Exklusivitetsklausulen utgör ett hinder för tillträde till marknaden och för expansion på den relevanta marknaden, och förstärker ställningen för befintliga leverantörer på denna marknad. Konkurrensen från befintliga eller potentiella konkurrenter blir därmed minimal. Detaljhandlarna hindras från att utöva sitt fria val av vilka varor de önskar saluföra och av hur de optimerar sin lokalanvändning. Vidare minskar konsumenternas valfrihet. HB:s affärsmetod att knyta kostnaden för frysdiskar till en exklusivitetsklausul trots att det saknas objektivt samband mellan dessa är inte förenlig med normala konkurrensförhållanden för konsumtionsvaror. Vidare utgör de ifrågakvarande försäljningsställena

40 procent av den relevanta marknaden, och inte 6 procent som HG har gjort gällande. HB har slutligen varken angivit status eller rättslig grund för det "tröskelvärde" det hänvisat till, eller förklarat varför ett så omfattande missbruk inte skulle omfattas av artikel 86 i EG-fördraget.

- 153 Kommissionen har vidare anfört att dess bedömning enligt artikel 85 i EG-fördraget skiljer sig från dess bedömning enligt artikel 86 i EG-fördraget. HB kan därmed inte åberopa uttalandet i domen i de ovannämnda förenade målen SIV m. fl. mot kommissionen. I det målet bedömde förstainstansrätten att kommissionen hade "återanvänt" sin bedömning av de omständigheter som utgjort ett åsidosättande av artikel 85 i fördraget, och utifrån denna, utan att undersöka marknaden, kommit fram till att parterna tillsammans hade en omfattande marknadsandel, att de enbart av detta skäl hade en kollektiv dominerande ställning och att deras olagliga beteende utgjorde missbruk av denna ställning.

Förstainstansrättens bedömning

- 154 Det framgår av fast rättspraxis att särskilt stora marknadsandelar i sig, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning. Ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig genom omfattningen av sin tillverkning och sitt utbud i en maktposition som gör det dominerande företaget till en oundgänglig handelspartner och som redan av denna anledning, åtminstone under relativt långa tidsperioder, ger företaget i fråga en för den dominerande ställningen karaktäristisk handlingsfrihet, utan att de företag som har en väsentligt lägre marknadsandel snabbt kan möta efterfrågan från de företag som vill upphöra att handla med det företag som har den största marknadsandelen (domstolens dom i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41, och förstainstansrättens dom av den 22 november 2001 i mål T-139/98, AAMS mot kommissionen, REG 2001, s. II-3413, punkt 51). Vidare är en dominerande ställning en situation där ett företag har sådan ekonomisk makt att det har möjlighet att förhindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att detta företag i betydande omfattning kan agera oberoende i förhållande

till konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter (domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkt 65, svensk specialutgåva, volym 4, s. 9, och förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet AAMS mot kommissionen, punkt 51).

155 I det omtvistade beslutet har den relevanta marknaden definierats som individuellt förpackad lösglass i Irland (skälen 138 och 140 i det omtvistade beslutet). HB har inte invänt mot denna definition. HB har, utan att ifrågasätta vad kommissionen anfört i skälen 28 och 259 i det omtvistade beslutet att dess andel av den relevanta marknaden uppgår till mer än 75 procent och att den bibehållit denna ställning under en rad år, anfört att den inte har en dominerande ställning på denna marknad. När det omtvistade beslutet antogs uppgick dess andel av den relevanta marknaden till 89 procent (se punkt 90 ovan). De övriga leverantörerna på lösglassmarknaden, såsom Mars och Nestlé, har endast en mycket begränsad andel av denna (se skälen 32 och 34 i det omtvistade beslutet) trots att de är stora företag på de angränsande marknaderna för sötsaker och choklad, och säljer dessa varor på samma försäljningsställen som de som är aktuella i ifrågasvarande mål. Mars och Nestlés varumärken är välkända, och de har den erfarenhet och den ekonomiska förmåga som krävs för att ta sig in på nya marknader. HB har således inte bara en extremt stor andel av den relevanta marknaden. Det är dessutom ett mycket stort spann mellan dess marknadsandel och marknadsandelen för de närmaste konkurrenterna.

156 Det framgår vidare av handlingarna att HB har det mest omfattande och populära sortimentet på den relevanta marknaden, att den är den enda leverantören av lösglass på omkring 40 procent av försäljningsställena på den relevanta marknaden, att företaget ingår i den multinationella Unileverkoncernen som tillverkat och sålt glass under många år i alla medlemsstater och i många andra länder, i vilka de företag som ingår i den gruppen mycket ofta är störst på sin

marknad, och att HB:s varumärke är mycket välkänt. Det var således korrekt av kommissionen att slå fast att HB är en oundgänglig handelspartner för många detaljhandlare på den relevanta marknaden, och att det har en dominerande ställning på denna.

- 157 Det skall vidare prövas huruvida det var korrekt av kommissionen att i det omtvistade beslutet slå fast att HB missbrukat sin dominerande ställning på den relevanta marknaden. Enligt fast rättspraxis är missbruksbegreppet ett objektivet begrepp som omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas (domarna i de ovannämnda målen Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91, och AKZO mot kommissionen, punkt 69). Enligt artikel 86 i EG-fördraget är det således inte tillåtet för ett företag med en dominerande ställning att eliminera konkurrenter eller att stärka sin ställning med andra medel än dem som följer av konkurrens på egna meriter. Förbudet i den bestämmelsen motiveras även av målet att inte skada konsumenterna (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovannämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26, och domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 526 och 527).
- 158 Även om det inte i sig är otillåtet för ett företag att ha en dominerande ställning, åläggs ett sådant företag, oberoende av anledningen till att det intar denna ställning, enligt artikel 86 i fördraget en särskild skyldighet att inte genom sitt agerande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden (domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57).
- 159 Såsom HB anfört är det en allmänt tillämpad affärsmetod på den relevanta marknaden att tillhandahålla frysdiskar med förbehåll om exklusivitet (se

punkt 85 ovan). I en normal konkurrenssituation träffas sådana avtal i båda parterns intresse, och är inte principiellt förbjudna. Denna synpunkt, som gäller i en normal konkurrenssituation, gör sig emellertid inte utan vidare gällande när konkurrensen på marknaden till följd av just ett företags dominerande ställning redan är begränsad. Affärsmetoder som kan bidra till att förbättra produktionen eller distributionen och som har en positiv inverkan på konkurrensen under normala konkurrensförhållanden kan begränsa konkurrensen när de tillämpas av ett företag som har en dominerande ställning på den relevanta marknaden. När det gäller exklusivitetsklausulens art var det korrekt av kommissionen att i det omtvistade beslutet slå fast att HB missbrukat sin dominerande ställning genom att förmå de detaljhandlare som saknade egen frysdisk att lagra lösglass i en frysdisk som tillhandahållits av annan leverantör än HB att godta avtal om tillhandahållande av frysdisk med förbehåll om exklusivitet. Denna överträdelse av artikel 86 har i förevarande mål skett i form av ett erbjudande att tillhandahålla detaljhandlarna frysdiskar och att underhålla dessa utan direkt kostnad för detaljhandlarna.

160 Att ett företag med en dominerande ställning på en marknad i praktiken binder 40 procent av försäljningsställena, också på deras egen begäran, till sig genom en exklusivitetsklausul, som i praktiken medför en ensamrätt till dessa försäljningsställena, utgör missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EG-fördraget. Exklusivitetsklausulen medför nämligen att de ifrågakvarande detaljhandlarna förhindras att saluföra andra glassmärken eller att deras möjligheter att göra detta begränsas, även om det finns en efterfrågan av sådana, och att andra leverantörers tillträde till marknaden försvåras. HB:s påstående i punkt 149 ovan att den andel av försäljningsställena som potentiellt är avskärmade till följd av tillhandahållandet av frysdiskar inte överstiger 6 procent är felaktigt och skall således lämnas utan avseende.

161 HB:s hänvisning till generaladvokat Jacobs förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet Bronner saknar relevans i förevarande mål. Såsom

kommissionen har framhållit i sina inlagor har den inte påstått i det omtvistade beslutet att de frysdiskar HB tillhandahållit utgjort ett "väsentligt medel", vilket var vad förslaget till avgörande rörde, och att det inte är nödvändigt för HB att överlåta tillgångar eller att träffa avtal med andra än de företaget väljer för att tillämpa det omtvistade beslutet.

- 162 Vad HB anfört om "återanvändning" av bedömningen av omständigheterna (se punkt 150 ovan) skall lämnas utan avseende. I motsats till det förfarande som kritiserades i domen i det ovannämnda målet SIV m.fl. mot kommissionen har kommissionen inte inskränkt sig till att "återanvända" bedömningen av de omständigheter som utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget och på så sätt slagit fast att dessa också utgör en överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget. Kommissionen har i det omtvistade beslutet genomfört en omfattande undersökning av den relevanta marknaden och slagit fast att HB har en dominerande ställning på denna. Den har därefter slagit fast att HB, genom att förmå detaljhandlarna att uteslutande handla från HB på sätt som angivits i punkterna 159 och 160 ovan, har haft tillgång till metoder som inte kännetecknar normala konkurrensförhållanden på marknaden för varor för direktkonsumtion.

- 163 Talan skall således inte bifallas på den fjärde grunden.

Den femte grunden, angående inskränkningar i äganderätten och av artikel 222 i EG-fördraget

Parternas yttranden

- 164 HB har gjort gällande att tillämpningen av konkurrensbestämmelserna i det omtvistade beslutet innebär en omotiverad och oproportionerlig inskränkning av

dess äganderätt, vilken skyddas i artikel 222 i EG-fördraget. Äganderätten är inte absolut, men inskränkningar i denna får inte utgöra ett oproportionerligt och oacceptabelt intrång i ägarens rättigheter (se domstolens dom av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer, REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, volym 14, s. 621). Syftet med förbudet mot exklusivitetsklausulen är således att göra det möjligt att lagra glass som levererats av andra i frysdiskar som betalas och underhålls av HB, vilket allvarligt inskränker dess äganderätt till dessa frysdiskar, och mer allmänt dess ekonomiska intressen. Enligt HB kan, i motsats till vad kommissionen angivit i skäl 219 i det omtvistade beslutet, dess äganderätt inte skyddas på ett rimligt sätt genom att företaget tar ut en separat hyra för frysdiskarna. Hanteringen av en särskild hyra skulle medföra avsevärda kostnader, och den skulle inte kompensera för de ekonomiska funktionsrubbingar som dess distributionssystem skulle drabbas av till följd av att andra leverantörer kunde lagra sin glass i frysdiskarna. HB skulle dessutom få en uppenbar konkurrensnackdel i förhållande till konkurrenterna, som kan fortsätta att tillhandahålla frysdiskar utan kostnad för detaljhandlarna.

- 165 HB har vidare invänt mot kommissionens påstående (se skäl 213 i det omtvistade beslutet) att när HB installerat frysdiskar hos detaljhandlarna kan varje begränsning som HB i avtal ålägger dessa prövas enligt konkurrensrättsliga bestämmelser. När det gäller industriell och kommersiell äganderätt har det fastslagits att det särskilda föremålet för denna rätt inte endast omfattar rätten att upplåta licenser (domstolens dom av den 3 mars 1988 i mål 434/85, Allen & Hanburys, REG 1988, s. 1245, punkt 11; svensk specialutgåva, volym 9, s. 425), att inte upplåta licens till tredje part (domstolens dom av den 5 oktober 1988 i mål 238/87, Volvo, REG 1988, s. 6211, punkt 8) eller att förhindra rättighetsintrång (domstolens dom av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Collins, REG 1993, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 14, s. 351), utan även enskilda bestämmelser i ett licensavtal (se punkterna 75, 79, 85, 86, 90 och 100 i kommissionens beslut 83/400/EEG av den 11 juli 1983 i förfarande om tillämpningen av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/29.395 — Windsurfing International) (EGT L 229, s. 1)). Exklusivitetsklausulen är jämförbar med de typer av klausuler som godtagits vid licenser av industriella rättigheter.

- 166 Enligt HB bygger det ekonomiska värdet av dess nät av frysdiskar på att det förfogar över de frysdiskar som är nödvändiga för att lagerhålla och sälja sin glass

på försäljningsställena, i synnerhet de som inte skulle ha möjlighet att sälja glass om inte frysdiskar tillhandahölls, eftersom de saknar möjlighet att själva installera en egen frysdisk. HB:s rätt att kontrollera frysdiskarna och den omständigheten att företaget insisterar på att exklusivitetsklausulen skall iakttas är således förknippad med kärnan i dess rättigheter (domstolens dom av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, Alsatel, REG 1988, s. 5987).

- 167 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, gjort gällande att den inte inskränkt HB:s äganderätt. HB har redan mot betalning överlåtit en del av sina rättigheter till frysdiskarna till detaljhandlarna. HB är alltså ägare till dessa, men har överlåtit vissa rättigheter till detaljhandlarna. Vad HB anfört om att dess rättigheter ”konfiskerats” är således endast retorik. Detaljhandlarna betalar för frysdiskarna genom att priset för dessa ingår i glasspriset.
- 168 Kommissionen har vidare anfört att även om detaljhandlarna skulle tillåtas att använda frysdiskarna för att sälja andra glassmärken skulle de ändå inte få något ”gratis”, eftersom HB kunde ta betalt för denna kostnad på flera andra sätt, särskilt genom att ta ut en särskild hyra för tillhandahållandet av frysdiskar. Kommissionen har bestridit HB:s påstående att det skulle vara svårt att ta ut en sådan särskild hyra, eftersom den redan fakturerar detaljhandlarna för den glass som levereras. HB har inte visat att införandet av en särskild hyra skulle medföra ekonomiska funktionsrubbnings i dess distributionssystem. HB skulle vidare inte bestraffas i jämförelse med sina konkurrenter om dessa fortsatte att tillhandahålla frysdiskar utan krav på betalning, eftersom det ekonomiska resultatet för de detaljhandlare som fortsätter att köpa glass från HB och att ha frysdiskar som tillhandahålls av HB är detsamma även om kostnaderna för glass och kostnaderna för frysdiskar särskiljs.
- 169 Enligt kommissionen är den jämförelse mellan industriell äganderätt och den äganderätt som HB åberopat inte korrekt, eftersom ägare till industriella rättigheter erhåller ett visst skydd för att göra det möjligt att täcka de investeringar de gjort i den ifrågavarande produkten. Det allmänna intresset av

en god konkurrens skall vägas mot det allmänna intresset av utveckling av nya mediciner eller andra nyttiga resultat, vilka gynnar såväl samhället i stort som tillverkarna. Allmänintresset av glass är inte sådant. Även om HB:s situation skulle omfattas av bestämmelser om industriell äganderätt, visar i alla händelser de avgöranden som angivits i punkt 165 ovan att ägaren till en sådan rättighet inte är helt immun mot konkurrensbestämmelserna när det gäller det sätt på vilket han säljer sina varor.

Förstainstansrättens bedömning

- 170 Enligt fast rättspraxis tillhör äganderätten gemenskapsrättens allmänna principer. Den är emellertid inte absolut, utan måste bedömas utifrån sin funktion i samhället. Följaktligen kan begränsningar införas i äganderätten, förutsatt att dessa begränsningar faktiskt svarar mot mål av allmänintresse som gemenskapen eftersträvar, och att de i förhållande till dessa mål inte utgör ett orimligt och oacceptabelt ingripande som påverkar rättigheterna som sådana (domen i det ovannämnda målet Hauer, punkt 23, domstolens dom av den 11 juli 1989 i mål 265/87, Schröder, REG 1989, s. 2237, punkt 15, svensk specialutgåva, volym 10, s. 97, och av den 5 oktober 1994 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet, REG 1994, s. I-4973, punkt 78, svensk specialutgåva, volym 16, s. 171). I artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3.1 g EG i ändrad lydelse) föreskrivs att det, för att uppnå gemenskapens mål skall införas "en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids". Tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget utgör således en aspekt av gemenskapens allmänintresse (se, för ett motsvarande synsätt, generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande inför domen i det ovannämnda målet Masterfoods och HB, REG 2000, s. I-11369, s. I-11371). Begränsningar av utövandet av äganderätten kan således tillämpas med stöd av denna bestämmelse, under förutsättning att de inte är oproportionerliga eller påverkar kärnan i denna rätt.

- 171 Den äganderätt som är i fråga i förevarande mål rör HB:s nät av frysdiskar och HB:s rätt att exploatera dessa kommersiellt. Det omtvistade beslutet berövar inte HB dess äganderätt till frysdiskarna, utan begränsar med hänsyn till allmänintresset endast ett särskilt sätt att exploatera dessa kommersiellt, på samma sätt som till exempel lagstiftaren i många medlemsstater kan ingripa för att skydda hyrestagare. HB berövas inte äganderätten till sina frysdiskar, och företaget hindras inte att hyra ut dessa på affärsmässiga villkor. Det enda som krävs, om HB beslutar att tillhandahålla detaljhandlarna dessa "utan kostnad", är att företaget inte får förbehålla sig en exklusiv rätt till dem så länge det har en dominerande ställning på marknaden. Det var således korrekt av kommissionen att i det omtvistade beslutet slå fast att exklusivitetsklausulen utgör en överträdelse av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget när det gäller de försäljningsställen som enbart har frysdiskar som tillhandahållits av HB för lagring av lösglass, och som varken har tillgång till en egen frysdisk eller en frysdisk som tillhandahållits av en annan tillverkare, och att avslå HB:s ansökan om undantag för exklusivitetsklausulen enligt artikel 85.3 i EG-fördraget. Kommissionen har vidare endast uppmanat HB att omedelbart upphöra med dessa överträdelser och att avstå från att vidta åtgärder med motsvarande syfte eller verkan. Det omtvistade beslutet inskränker således inte HB:s utövande av äganderätten till sina frysdiskar.
- 172 Mot bakgrund av bedömningen i punkt 114 ovan skall vidare vad HB anført i punkt 164 ovan om de olägenheter som uttagandet av en särskild hyra för dess frysdiskar skulle medföra lämnas utan avseende. HB har i punkt 164 ovan anført att företaget skulle hamna i en sämre ställning än konkurrenterna, som kan fortsätta att tillhandahålla frysdiskar utan kostnad för detaljhandlarna. HB:s distributionsavtal bidrar emellertid, till skillnad från konkurrenternas avtal, väsentligt till avskärmningen av den relevanta marknaden. HB har en dominerande ställning på denna marknad. Företaget har därför, oavsett orsakerna till denna ställning, ett särskilt ansvar att inte genom sitt uppträdande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden (domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57, och punkt 158 ovan).

173 Talan skall således inte bifallas med stöd av den femte grunden.

Den sjätte grunden, angående åsidosättande av artikel 190 i EG-fördraget

Parternas yttranden

174 HB har gjort gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet åsidosatt artikel 190 i EG-fördraget. För det första har kommissionens definition av begreppet "avskärmning" av marknaden utvecklats under tiden från det att meddelandena om anmärkningar skickades år 1993 och år 1997. HB har gjort gällande att kommissionen även ändrat inställning med avseende på HB under denna period. För det andra medför den omständigheten att kommissionen inte tillämpat det synsätt som återfinns i domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen, angående tillämpningen av artikel 85.1 i EG-fördraget, att det omtvistade beslutet skall anses vara otillräckligt motiverat. För det tredje är kommissionens slutsatser i det omtvistade beslutet ologiska, vilket medför att det omtvistade beslutet är otillräckligt motiverat. För det fjärde är beslutet otillräckligt motiverat eftersom kommissionen inte angivit varför den anser att exklusivitetsklausulen enligt artikel 85.3 i EG-fördraget inte är nödvändig för att uppnå de fördelar som HB:s avtal om tillhandahållande av frysdiskar medför, trots att den i såväl meddelandet om anmärkningar från år 1993 som i meddelandet från år 1995 (se punkt 12 ovan) angivit att denna exklusivitetsklausul kunde undantas.

175 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, anfört att den enligt artikel 190 i EG-fördraget är skyldig att ange de skäl som faktiskt föranlett den att anta beslutet, och inte de skäl som på ett tidigare stadium hade kunnat föranleda den att anta ett beslut med ett annat innehåll. Den har vidare inte på något avgörande sätt förändrat sin bedömning sedan år 1993. I alla händelser har den rätt att

förändra sin bedömning till följd av nya omständigheter. Den har vidare beaktat domarna i de ovannämnda målen Langnese-Iglo mot kommissionen och Schöller mot kommissionen, vilka meddelats efter meddelandet om anmärkningar år 1993.

Förstainstansrättens bedömning

- 176 Enligt fast rättspraxis är omfattningen av motiveringskyldigheten beroende av den ifrågavarande rättsaktens art och det sammanhang i vilket den har antagits. Av motiveringen skall det på ett klart och otvetydigt sätt framgå hur institutionen har resonerat, så att de som berörs därav ges tillräckliga uppgifter för att kunna ta ställning till om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett fel som gör det möjligt att ifrågasätta dess giltighet och så att gemenskapsdomstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, punkt 226, och av den 17 februari 2000 i mål T-241/97, Stork Amsterdam mot kommissionen, REG 2000, s. II-309, punkt 73). Det krävs inte att motiveringen anger samtliga relevanta sakförhållanden och rättsliga överväganden, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 190 i fördraget inte enbart skall bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar den berörda frågan (se särskilt domstolens dom av den 13 mars 1985 i de förenade målen 296/82 och 318/82, Konungariket Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen, REG 1985, s. 809, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 8, s. 103, av den 14 februari 1990, i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkterna 15 och 16, och av den 29 februari 1996 i mål C-56/93, Belgien mot kommissionen, REG 1996, s. I-723, punkt 86).
- 177 HB har i den andra och den tredje invändningen i punkt 174 ovan inte skiljt mellan motiveringskyldigheten och lagenligheten i sak av det omtvistade beslutet. HB har nämligen, med påstående att kommissionen inte uppfyllt sin motiveringskyldighet, gjort gällande att kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och till en uppenbar felbedömning av omständigheterna. Företaget har inte kritiserat avsaknaden av motivering, utan invänt mot dess innehåll. Vad HB anfört skall således inte beaktas vid prövningen av denna grund.

- 178 Vad gäller den första och den fjärde av HB:s invändningar konstaterar förstainstansrätten att kommissionen, särskilt i skäl 7 och 247 i det omtvistade beslutet, förklarat varför den ändrat sin ursprungligen positiva bedömning i meddelandet av den 15 augusti 1995, nämligen eftersom de förändringar av distributionssystemet som HB föreslagit inte skulle ha medfört det förväntade fria tillträdet till försäljningsställena. Kommissionen har således tillräckligt motiverat sitt beslut att ändra sin ursprungliga bedömning. Det framgår vidare klart av skäl 241 i det omtvistade beslutet att kommissionen bedömt att HB inte visat att de påstådda fördelarna med dess distributionsavtal, nämligen att förbättra produktionen och distributionen i bland annat konsumenternas intresse, inte kan uppnås lika effektivt utan användning av exklusivitetsklausulen, och således utan någon koppling mellan tillhandahållandet av frysdiskar och glassleveranser, och, i skäl 247, att avtalen av bland annat detta skäl inte skall undantas enligt artikel 85.3 i EG-fördraget.
- 179 Talan skall således inte bifallas på den grunden att artikel 190 i EG-fördraget har åsidosatts.

Den sjunde grunden, angående åsidosättande av gemenskapsrättens grundläggande principer

Parternas yttranden

- 180 HB har gjort gällande att kommissionen, genom att avvika från innehållet i 1995 års meddelande (se punkt 12 ovan), har åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar, trots att det inte funnits något "tvingande allmänintresse". Omständigheterna i samband med den "överenskommelse" som träffades mellan HB och kommissionen år 1995 angående förändringar av HB:s

distributionssystem och HB:s tillämpning av överenskommelsen var av sådan art att de berättigar HB:s förväntningar att kommissionen för det första skulle ställa sig positiv till de ändrade avtalen angående exklusivitet till frysdiskarna, och för det andra inte skulle ändra sin ursprungliga bedömning eller ärendets inriktning avseende omständigheter eller rättstillämpning. Om affärsvärlden inte kan lita på att kommissionen uppträder som man kommit överens om kommer systemet med besked om avskrivning och med informella uppgörelser att falla i vanrykte.

- 181 HB har vidare anfört att kommissionen åsidosatt subsidiaritetsprincipen och sin skyldighet att samarbeta lojalt med nationella domstolar. Det pågick ett identiskt mål vid irländsk domstol, och det fanns inte något gemenskapsintresse som motiverade kommissionens ingripande. Saken rör tillhandahållande av specifika irländska varor på den irländska marknaden från ett irländskt företag till irländska konsumenter genom irländska detaljhandlare.
- 182 HB har dessutom gjort gällande att kommissionen har åsidosatt rättssäkerheten genom att anta det omtvistade beslutet vid en tidpunkt när det pågick ett mål om överklagande, för vilket en tidpunkt för förhandling bestämts, vid irländsk domstol. Vidare hade High Court gjort en diametralt motsatt bedömning än kommissionen. Även om kommissionen är skyldig att beakta klagandenas intressen, anges det klart i kommissionens meddelande om samarbete mellan kommissionen och nationella domstolar angående tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (EGT C 39, 1993, s. 6) att ”det normalt inte föreligger ett tillräckligt gemenskapsintresse av att företa en prövning när klaganden kan erhålla ett adekvat rättsskydd vid nationell domstol. I sådant fall skall klagomålet normalt arkiveras.”
- 183 Vidare har proportionalitetsprincipen åsidosatts genom det omtvistade beslutet genom att HB berövas det ekonomiska värdet av sitt nät av frysdiskar på ett sätt som oproportionerligt inskränker dess äganderätt. Det är också oproportionerligt

att göra HB:s avtal om tillhandahållande av frysdiskar ogiltiga på den del av marknaden som påstås vara avskärmd. Detta strider mot domarna i de ovannämnda målen Delimitis och Langnese-Iglo mot kommissionen, i vilka det slagits fast att det, så snart det föreligger en verklig möjlighet att ta sig in på marknaden och att expandera på denna, inte är nödvändigt att samtliga hinder mot tillträde till marknaden undanröjs. Det omtvistade beslutet innebär i alla händelser ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen och en diskriminering genom att det förbjuder HB att använda exklusivitetsklausulen i förhållande till berörda detaljhandlare, inte bara för förfluten tid utan också för framtiden. I domen i det ovannämnda målet Langnese-Iglo mot kommissionen ogiltigförklarade förstainstansrätten den del av kommissionens beslut i vilken Langnese-Iglo förbjöds att träffa exklusiva inköpsavtal fram till den 31 december 1997, med motiveringen att det inte var förenligt med likabehandlingsprincipen att utesluta ett visst företag från tillämpningen av ett gruppundantag, medan andra företag kunde fortsätta att träffa exklusiva inköpsavtal som de som förbjudits i beslutet.

184 HB har även anfört att det omtvistade beslutet är diskriminerande genom att det innebär en godtycklig inskränkning i dess möjlighet att konkurrera med andra företag med samma medel som används av samtliga företag som är verksamma på den relevanta marknaden.

185 HB har slutligen gjort gällande att vad företaget åberopat till stöd för sitt påstående om åsidosättande av artikel 190 i EG-fördraget gör sig gällande även när det gäller dess påstående att väsentliga formföreskrifter har åsidosatts. Kommissionen har vidare, genom att underlåta att föra en diskussion i anledning av misslyckandet med "1995 års uppgörelse", åsidosatt de skyldigheter som följer av kravet på god förvaltningssed och har därmed åsidosatt väsentliga formföreskrifter.

186 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, gjort gällande att den inte åsidosatt HB:s berättigade förväntningar genom att inte meddela undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget. HB har nämligen inte fått några "tydliga för-

säkringar” om detta. I alla händelser kan inte skyddet för berättigade förväntningar åberopas när en överträdelse av gemenskapsrätten konstaterats.

- 187 Enligt kommissionen har begreppet subsidiaritet inte med frågan huruvida gemenskapsrätten skall tillämpas av nationella myndigheter eller av kommissionen att göra. Denna fråga är sedan lång tid avgjord. Vad HB anført bygger på den felaktiga grunden att kommissionen inte får bestraffa en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget om denna (som per definition påverkar handeln mellan medlemsstaterna) endast har verkningar på marknaden i en medlemsstat.
- 188 Kommissionen har vidare anført att den inte, till följd av att det pågick ett mål vid irländsk domstol, åsidosatt rättssäkerheten vid antagandet av det omtvistade beslutet. Den var behörig att anta detta beslut av en rad skäl. För det första hade HB anmält ett avtal för erhållande av icke-ingripandebesked eller undantag. Det är endast kommissionen som är behörig att besluta om undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget. För det andra pågick det vid antagandet av det omtvistade beslutet ett antal mål och ärenden vid nationella domstolar och konkurrensmyndigheter. Kommissionen var skyldig att beakta klagandenas intressen, och därför snabbt fatta ett beslut så snart den kommit fram till bedömningen att det förelåg en överträdelse av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget. Enligt HB skulle kommissionen ha avvaktat utgången av målet om överklagande i irländska domstolar innan den antog det omtvistade beslutet. Detta skulle inte ha löst rättssäkerhetsproblemet, utan endast försenat antagandet av det omtvistade beslutet.
- 189 Kommissionen har vidare gjort gällande att proportionalitetsprincipen inte har åsidosatts genom det omtvistade beslutet. Det omtvistade beslutet har inte inneburit någon inskränkning av HB:s äganderätt. I beslutet angavs till exempel att HB kunde återfå sin investering i frysdiskar genom licensavtal. HB har inte anført några skäl till varför det skulle vara omöjligt att hantera ett system med

separat fakturering för glass och frysdiskar. HB har gjort gällande att beslutet innebär en ogiltigförklaring av samtliga ifrågavarande avtal. Företaget har tolkat domstolens domar i de ovannämnda målen Delimitis och Langnese-Iglo mot kommissionen på så sätt att det inte är nödvändigt att samtliga hinder mot tillträde till marknaden undanröjs. Enligt kommissionen slog domstolen i domen i det ovannämnda målet Delimitis fast att avtalen skall bedömas i sin helhet och inte delas upp. Vad HB anfört om att det omtvistade beslutet innefattar ett förbud inte bara för förfluten tid utan också för framtiden har kommissionen anfört att beslutet endast innebär ett förbud för HB att träffa nya avtal med motsvarande syfte eller verkan som befintliga avtal.

- 190 Kommissionen har bestridit HB:s påstående att företaget diskriminerats eller behandlats orättvist. Kommissionen har i det omtvistade beslutet (skäl 204) beaktat verkningarna av andra avtalsnät och kommit fram till att inget av dessa väsentligt bidrar till att avskärma den relevanta marknaden. Likabehandlingsprincipen medför inte något krav på att avtal som inte har en märkbar konkurrensbegränsande verkan skall förbjudas.
- 191 Kommissionen har slutligen bestridit att den skulle ha åsidosatt några väsentliga formföreskrifter.

Förstainstansrättens bedömning

- 192 Enligt fast rättspraxis är principen om skydd för berättigade förväntningar en del av gemenskapens rättsordning. Rätten att göra anspråk på skydd för berättigade förväntningar tillkommer varje enskild person som befinner sig i en situation av vilken det framgår att gemenskapsadministrationen, genom att ge tydliga försäkringar, har väckt grundade förhoppningar (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 8 juli 1999 i mål T-266/97, Vlaamse Televisie

Maatschappij mot kommissionen, REG 1999, s. II-2329, punkt 71, och av den 8 november 2000 i de förenade målen T-485/93, T-491/93, T-494/93 och T-61/98, Dreyfus m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-3659, punkt 85).

- 193 Kommissionen har inte lämnat HB några tydliga försäkringar angående konsekvenserna av de åtaganden som meddelats i skrivelsen av den 8 mars 1995 (se punkt 12 ovan). Den antog heller inte något beslut enligt artikel 85.3 i EG-fördraget, vilket den dessutom enligt artikel 8.3 i förordning nr 17 hade kunnat återkalla eller ändra till följd av nya väsentliga omständigheter.
- 194 Meddelandet av den 15 augusti 1995 lämnades uttryckligen med tillämpning av artikel 19.3 i förordning nr 17. Kommissionen har i detta preliminärt föreslagit att den skulle meddela ett undantag för HB:s distributionsavtal, efter det att detta modifierats av HB, och uppmanat berörda utomstående att yttra sig till kommissionen inom en angiven frist. Kommissionens meddelande innehöll således endast ett preliminärt ställningstagande som kunde förändras till följd av bland annat sådana yttranden från tredje man. HB har således inte endast till följd av det meddelandet haft berättigade förväntningar på att kommissionen skulle meddela ett undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget i enlighet med meddelandet.
- 195 HB har anfört att företaget på ett oåterkalleligt sätt handlat i strid mot sina egna intressen genom att förändra sitt distributionssystem i enlighet med kommissionens ”förslag” att den skulle meddela ett undantag för dess distributionsavtal. Även om HB hade kunnat ha berättigade förväntningar till följd av meddelandet, vore dessa begränsade till det förfarande som inleddes av kommissionen genom dess 1993 års meddelande om anmärkningar angående de distributionsavtal som HB tillämpade vid den tiden. I förevarande fall har kommissionen emellertid inte handlat på grundval av sitt 1993 års meddelande om anmärkningar. Efter att ha konstaterat att de förändringar som HB genomförde i sitt distributionssystem inte medförde det avsedda underlättandet av tillträdet till försäljningsställen inledde den nämligen ett nytt förfarande, i vilket den lämnade nya anmärkningar genom meddelandet om anmärkningar år 1997. Även om kommissionen hade medgett

HB ett undantag skulle den både ha varit behörig och förpliktad enligt artikel 8.3 i förordning nr 17 att återkalla eller modifiera detta undantag om den kommit fram till att de undantagna avtalen medförde verkningar som inte var förenliga med villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget, och särskilt om erfarenheten visat att HB:s förändringar av dess distributionssystem inte medfört de förväntade förbättringarna. Kommissionen har således inte åsidosatt HB:s berättigade förväntningar genom att utfärda 1997 års meddelande om anmärkningar.

196 Talan skall således inte bifallas med stöd av den invändningen.

197 När det gäller HB:s invändningar om åsidosättande av subsidiaritetsprincipen, skyldigheten till lojalt samarbete och rättssäkerheten är det på så sätt att även om artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget har direkt effekt i förhållandet mellan enskilda och direkt ger rättigheter som nationella domstolar skall skydda, medför inte det att kommissionen berövas sin behörighet att besluta i ett ärende, även om ett identiskt eller liknande mål pågår i en eller flera nationella domstolar. Detta gäller under förutsättning att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas, vilket inte har ifrågasatts i förevarande mål.

198 HB har inte, genom att påpeka att saken rör tillhandahållande av specifika irländska varor på den irländska marknaden från ett irländskt företag till irländska konsumenter genom irländska detaljhandlare, och att det samtidigt pågick ett parallellt mål vid irländsk domstol, i vilket High Court meddelat en dom som överklagats till Supreme Court, visat att kommissionen åsidosatt dessa principer eller sitt meddelande om samarbete mellan kommissionen och nationella domstolar angående tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Det framgår tydligt av det omtvistade beslutet och av kommissionens skrivelser att tillämpningen av en exklusivitetsklausul vid tillhandahållande av frysdiskar till detaljhandlare är en affärsmetod som tillämpas av majoriteten av glasstillverkarna i gemenskapen. Företagen i Unileverkoncernen är stora på marknaden för lösglass i flertalet medlemsstater. De frågor som det omtvistade beslutet rör har således en stor betydelse för gemenskapen, särskilt mot bakgrund av att det pågick parallella

mål och ärenden vid nationella domstolar och konkurrensmyndigheter angående frågor som liknar dem som är aktuella i förevarande fall (se bland annat skälen 275–280 i det omtvistade beslutet). Mot denna bakgrund var det lämpligt att kommissionen antog det omtvistade beslutet för att säkerställa att gemenskapens konkurrensbestämmelser tillämpas på ett enhetligt sätt på de olika former av exklusivitet som glasstillverkarna i hela gemenskapen tillämpar.

- 199 Såsom domstolen slagit fast i domen i det ovannämnda målet Masterfoods och HB är kommissionen enligt artikel 9.1 i förordning nr 17 ensam behörig att fatta beslut om tillämpningen av artikel 85.3 i EG-fördraget. Kommissionen är även behörig att när som helst fatta individuella beslut enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, trots att den i det avseendet delar behörigheten med de nationella domstolarna, även då ett avtal eller förfarande redan varit föremål för ett avgörande av en nationell domstol och det beslut som kommissionen ämnar fatta står i strid med detta domstolsavgörande (se, för ett motsvarande synsätt, domarna i de ovannämnda målen Masterfoods och HB, punkterna 47 och 48, och Delimitis, punkterna 44 och 45). Eftersom HB under förhandlingarna begärt att kommissionen skall meddela undantag och kommissionen mottagit klagomål, skall vad HB anfört angående subsidiaritetsprincipen inte godtas.
- 200 Talan skall således inte bifallas med stöd av dessa invändningar.
- 201 HB:s invändningar att det omtvistade beslutet innebär ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen och är diskriminerande skall inte godtas. Proportionalitetsprincipen innebär att gemenskapsinstitutionernas rättsakter inte går längre än vad som är lämpligt och nödvändigt för att det eftersträfvade målet skall uppnås (se domstolens dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, Denkavit

Nederland, REG 1984, s. 2171, punkt 25). En diskriminering föreligger när lika situationer behandlas olika eller när olika situationer behandlas lika.

- 202 Mot bakgrund av bedömningen i punkterna 170–173 ovan innebär för det första det omtvistade beslutet inte någon omotiverad eller oproportionerlig begränsning av HB:s äganderätt till sina frysdiskar. Det innebär heller inte, mot bakgrund av HB:s ställning på den relevanta marknaden och, till skillnad från övriga företag på denna, dess väsentliga bidrag till avskärmning av marknaden, någon godtycklig eller diskriminerande begränsning av dess förmåga att konkurrera med andra leverantörer med samma medel som övriga företag som är verksamma på den relevanta marknaden använder (se punkt 172 ovan).
- 203 För det andra innebär den omständigheten att det omtvistade beslutet medför att exklusivitetsklausulen i avtalen om tillhandahållande av frysdiskar som slutits mellan HB och detaljhandlarna i Irland, som tillämpas på frysdiskar som installerats på försäljningsställen vilka endast har frysdiskar för lagring av individuellt förpackad lösglass som tillhandahållits av HB och vilka inte har tillgång till en egen frysdisk eller frysdisk som tillhandahållits av någon annan glasstillverkare, inte att beslutet är oproportionerligt.
- 204 Ett nät av distributionsavtal som upprättats av en enda tillverkare kan vara förenligt med konkurrensbestämmelserna om det inte, tillsammans med alla andra liknande avtal på marknaden, inklusive de som träffats av andra tillverkare, märkbart bidrar till att avskärma marknaden för nya inhemska och utländska konkurrenter (se, för ett liknande synsätt, domarna i de ovannämnda målen Delimitis, punkterna 23 och 24, och Langnese-Iglo mot kommissionen, punkt 129). Detta innebär att när det finns ett nät av liknande avtal som träffats av en enda tillverkare skall bedömningen av verkningarna på konkurrensen ske utifrån samtliga individuella avtal i detta nät. Det var således korrekt av kommissionen att pröva samtliga HB:s distributionsavtal tillsammans och att inte

göra någon uppdelning av avtalen, såsom HB har gjort gällande. Det framgår nämligen av domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-214/99, Neste Markkinointi (REG 2000, s. I-11121, särskilt punkterna 36 och 37), att det endast är undantagsvis och vid särskilda förhållanden, som inte föreligger i förevarande mål, som en tillverkares avtalsnät kan delas upp.

205 För det tredje framgår det av artikel 4 i det omtvistade beslutet att kommissionen har uppmanat HB att genast upphöra med sina överträdelser av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget, vilka utgjordes av dess nät av distributionsavtal, och att inte vidta några åtgärder med motsvarande syfte eller verkan. Denna föreskrift är inte oproportionerlig eller diskriminerande, eftersom den endast förbjuder HB att återinföra exklusivitetsklausulen under samma förhållanden som avses i artiklarna 1 och 3 i det omtvistade beslutet. Den säkerställer på så sätt beslutets ändamålsenliga verkan genom att säkerställa att det konkurrensbegränsande förfarande som förbjudits inte används i framtiden (se, för ett liknande synsätt, generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande inför domen av den 1 oktober 1998 i mål C-279/95 P, Langnese-Iglo mot kommissionen, REG 1998, s. I-5609, punkt 39).

206 Talan skall således inte bifallas med stöd av denna invändning.

207 HB har invänt att kommissionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter och sin motiveringskyldighet. HB har därvid endast hänvisat till vad den inom ramen för den femte grunden anfört till stöd för sitt påstående att kommissionen i det omtvistade beslutet har åsidosatt artikel 190 i EG-fördraget. Mot bakgrund av vad som anförts i punkterna 176–179 ovan skall denna invändning inte godtas. Vad gäller HB:s invändning att det var nödvändigt att förlänga förhandlingarna för att hitta en lösning i anledning av misslyckandet med ”1995 års uppgörelse”, finner förstainstansrätten likaledes att kommissionen inte har åsidosatt några väsentliga formföreskrifter. Efter att ha konstaterat att de förändringar av sitt distributionssystem som HB genomförde inte hade avsedd verkan vad gäller ett fritt tillträde till försäljningsställena hade kommissionen nämligen inte någon skyldighet att på obestämd tid fortsätta förhandla, särskilt som förfarandet pågått under lång tid. Kommissionen var således berättigad att inleda ett nytt förfarande

och att anföra nya invändningar avseende detta system i sitt 1997 års meddelande om anmärkningar, och att ge HB tillfälle att bemöta dessa.

- 208 Talan skall således inte bifallas med stöd av denna invändning.
- 209 Talan skall därmed inte bifallas med stöd av den sjunde grunden.
- 210 Talan skall således ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 211 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att HB skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom HB har tappat målet, skall HB förpliktas att betala sina egna rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.
- 212 Enligt artikel 87.4 tredje stycket i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att även andra intervenienter än de som nämns i det stycke som föregår den bestämmelsen skall bära sina rättegångskostnader. I förevarande mål har Mars och Richmond intervenerat till stöd för kommissionen. De skall bära sina egna rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

- 1) **Talan ogillas.**

- 2) **Van den Bergh Foods Ltd skall bära sina egna rättegångskostnader och ersätta kommissionen för dess rättegångskostnader, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.**

- 3) **Masterfoods Ltd och Richmond Frozen Confectionery Ltd skall bära sina egna rättegångskostnader.**

R. García-Valdecasas

P. Lindh

J.D. Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 23 oktober 2003.

H. Jung

P. Lindh

Justitiesekreterare

Ordförande