FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 16. maj 2000 *

Indhold

I — Indledning I-11372

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger I-11372

III — Behovet for at undgå modstrid mellem afgørelser truffet af de nationale retsinstanser og beslutninger truffet af fællesskabsinstitutionerne I-11376

A — Hvornår er der risiko for modstridende afgørelser I-11376

a) Generelle bemærkninger I-11376

b) Den foreliggende sag I-11377

B — Domstolens praksis vedrørende risikoen for modstridende afgørelser og beslutninger I-11378

C — Den foreliggende sags særlige karakter I-11379

IV — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål I-11380

A — Indledende bemærkninger I-11380

a) Genstanden for tvisten i hovedsagen I-11380

b) De præjudicielle spørgsmål I-11381

B — Kan gyldigheden af beslutning 98/531 i det foreliggende tilfælde prøves ved hjælp af et præjudicielt spørgsmål I-11383

a) Indledende bemærkninger I-11384

b) Det er til hinder for at forelægge et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af beslutning 98/531, at hovedsagens parter er de samme I-11385

c) Hvilke generelle problemer rejser det, at gyldigheden af en fællesskabsbeslutning som den i sagen omhandlede prøves efter proceduren i traktatens artikel 177? I-11389

C — Konklusioner I-11391

V — Det andet præjudicielle spørgsmål I-11392

A — Prisen på is og de omtvistede aftalers forenelighed med bestemmelserne i traktatens artikel 86 ..... I-11392

* Originalsprog: græsk.

B — De omtvistede eksklusivitetsklausuler og traktatens artikel 85, stk. 1 ..... I-11394
a) Delimitis-dommen I-11394
b) Anvendelse af Delimitis-dommen på den foreliggende sag I-11395
c) De omtvistede eksklusivitetsklausulers objektive berettigelse I-11400
C — De omtvistede eksklusivitetsklausuler og traktatens artikel 86 ..... I-11403
VI —Tredje præjudicielle spørgsmål I-11407
VII —Konklusioner I-11409
VIII—Forslag til afgørelse I-11409

I — Indledning

1. I denne sag er Domstolen i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) blevet forelagt tre præjudicielle spørgsmål af Supreme Court (Irland). Det første spørgsmål drejer sig om forholdet mellem de nationale retsinstanser og Fællesskabets administrative organer og retsinstanser i situationer, hvor der er opstået et konkret spørgsmål om fortolkningen og anvendelsen af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 (efter ændring nu artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF). De følgende to spørgsmål drejer sig om, hvorvidt de eksklusivitetsklausuler, som en producent og leverandør af is pålægger detailhandlerne, og som vedrører anvendelsen af de frysere, som leverandøren stiller til rådighed for sine aftalepartnere, er forenelige med fællesskabsbestemmelserne.

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

2. Den foreliggende sag drejer sig om de aftaler, som HB Ice Cream Ltd, nu Van den Bergh Foods Ltd (herefter »HB«), har indgået om levering af impulsisprodukter i Irland. HB stiller som led i sin forretningspolitik frysere til rådighed for de detailhandlere, der sælger selskabets produkter, på den betingelse, at fryserne udelukkende anvendes til HB's egne produkter (herefter »eksklusivitetsklausulen«). HB, der siden 1974 har været en del af Unilever-koncernen, er Irlands største producent og leverandør af is. Selskabet er med en markedsandel, der aldrig har været mindre end 70%, det største på markedet.

3. Masterfoods Ltd (herefter »Masterfoods«) er et datterselskab af det multinationale amerikanske selskab Mars Inc. Masterfoods kom ind på det irske ismarked

i 1989. I sommeren dette år begyndte mange detailhandlere at opbevare Mars is i de frysere, som HB havde stillet til rådighed for dem. HB krævede derfor, at detailhandlerne loyalt overholdt fryseraftalernes eksklusivitetsklausul.

4. I marts 1990 anlagde Masterfoods sag ved High Court (Irland) med påstand om, at eksklusivitetsklausulen blev kendt uforenelig med traktatens artikel 85 og 86. HB nedlagde ved samme retsinstans påstand om, at det blev forbudt Masterfoods at tilskynde detailhandlerne til at opbevare Mars is i HB's frysere. I april 1990 nedlagde High Court et foreløbigt forbud til fordel for HB.

5. Den 28. maj 1992 afsagde High Court en endelig kendelse, hvori retten forkastede Masterfoods' påstand og pålagde selskabet et endeligt forbud (»permanent order«) mod at tilskynde detailhandlerne til at opbevare Mars is i HB's frysere. High Court afviste dog HB's krav om erstatning.

6. Den 4. september 1992 iværksatte Masterfoods appel (»appeal«) af High Court's dom til Supreme Court. I appelskriftet nedlagde Masterfoods påstand om, at Supreme Court, for det første, ophævede High Court's dom og forbud, for det andet, kendte eksklusivitetsklausulerne ulovlige og ugyldige, fordi de var i strid med traktatens artikel 85 og 86, for det tredje, subsidiært hjemviste sagen til High Court og, for det fjerde, tilpligtede modparten at betale sagens omkostninger.

7. Det skal bemærkes, at Masterfoods parallelt med sagen for de nationale retsinstanser den 18. september 1991 klagede til Kommissionen over eksklusivitetsklausulerne i fryseraftalerne mellem HB og detailhandlerne. Masterfoods gjorde gældende, at klausulerne er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler. Den 29. juli 1993 drog Kommissionen den foreløbige konklusion, at HB's distributionsordning var i strid med traktatens artikel 85 og 86 og tilsendte HB en meddelelse af klagepunkter herom. Den gav HB lejlighed til at foreslå ændringer i selskabets isdistributionsordning. Efter et møde med Kommissionen fremsatte HB den 8. marts 1995 forslag til ændringer. Kommissionen gav først udtryk for, at ændringerne ud fra en umiddelbar bedømmelse muligvis kunne gøres til genstand for en fritagelse. Den 15. august 1995 tilkendegav Kommissionen, at den havde til hensigt at træffe en positiv beslutning vedrørende de (ændrede) distributionsaftaler, som HB havde tilsendt den. Senere ændrede Kommissionen dog holdning, idet den fandt, at ændringerne ikke havde haft de forventede resultater på markedet, og idet den tog markedssituationen på det pågældende tidspunkt i betragtning. Følgelig tilsendte den (den 22.1.1997) HB en ny meddelelse af klagepunkter. Endelig vedtog

Kommissionen den 11. marts 1998 beslutning 98/531/EF [1].

8. I artikel 1 i beslutning 98/531 bestemmes: »Eksklusivitetsklausulen i de fryseraftaler, der er indgået mellem Van den Bergh Foods Ltd og detailhandlere i Irland om opstilling af frysere i forretninger, der udelukkende har en eller flere frysere, som er stillet til rådighed af Van den Bergh Foods Ltd til opbevaring af enkeltemballerede impulsisartikler, og som ikke har en eller flere frysere, der enten er anskaffet af dem selv eller stillet til rådighed af en anden isproducent end Van den Bergh Foods Ltd, udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1.«

9. I artikel 3 i beslutning 98/531 bestemmes: »Van den Bergh Foods Ltd's tilskyndelse af detailhandlere i Irland, der ikke har en eller flere frysere, som de enten selv har anskaffet, eller som er stillet til rådighed af en anden isproducent end Van den Bergh Foods Ltd, til at indgå fryseraftaler med eksklusivitetsklausul ved at tilbyde at stille en eller flere frysere til rådighed for dem til opbevaring af enkeltemballerede impulsisartikler og at vedligeholde fryserne uden nogen direkte omkostninger udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 86.«

1 — Kommissionens beslutning af 11.3.1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd) (meddelt under nummer K(1998) 292), EFT L 246, s. 1.

10. Den 21. april 1998 anlagde HB sag ved De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans med påstand om annullation af Kommissionens beslutning (sag T-65/98).

11. Den 16. juni 1998 besluttede Supreme Court ved en kendelse at udsætte sagen, der verserede ved denne retsinstans, og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) I lyset af den af High Court (Irland) den 28. maj 1992 afsagte dom og herved trufne bestemmelser, den af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber den 11. marts 1998 trufne beslutning og i lyset af den sag, Van den Bergh Foods Ltd har anlagt i medfør af artikel 173, 185 og 186 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (herefter 'EF-traktaten') med påstand om annullation og udsættelse af gennemførelsen af sidstnævnte beslutning, ønskes det oplyst,

a) om Supreme Court som følge af den forpligtelse til et loyalt samarbejde med Kommissionen, som Domstolen har opstillet, skal udsætte den foreliggende sag på afgørelsen i sagen for Retten i Første Instans vedrørende ovennævnte beslutning fra Kommissionen og en eventuel senere appel til Domstolen?

b) og om en beslutning fra Kommissionen, som er rettet til en enkelt part (og som er genstand for et annullationssøgsmål og en begæring om udsættelse af gennemførelsen indgivet af denne part) — hvorefter denne parts fryseraftale er uforenelig med EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 — afskærer denne part fra at begære stadfæstelse af en modstridende dom vedrørende de samme eller lignende spørgsmål efter traktatens artikel 85 og 86, som er afsagt af den nationale ret til fordel for denne part, såfremt den nationale rets afgørelse er appelleret til den øverste nationale retsinstans?

Spørgsmål 2 og 3 ønskes kun besvaret, hvis spørgsmål 1 besvares benægtende.

2) Indebærer den praksis, at en producent og/eller leverandør af is stiller en fryser til rådighed for en detailhandler uden direkte udgifter for denne — eller på anden måde får detailhandleren til at tage imod fryseren — på betingelse af, at detailhandleren ikke opbevarer anden is i fryseren end den, der er leveret af den nævnte producent og/eller leverandør — når henses til den juridiske og økonomiske baggrund for de omtvistede fryseraftaler på markedet for is i enkeltportioner ('småis') — en overtrædelse af bestemmelserne i EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og/eller artikel 86?

3) Forholder det sig således, at eksklusivitetsaftaler med hensyn til frysere ikke kan anfægtes i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 på grund af bestemmelsen i EF-traktatens artikel 222?«

12. Endvidere besluttede Rettens præsident ved kendelse af 7. juli 1998 [2] i den sag, der verserer som følge af HB's sagsanlæg af 21. april 1998, at udsætte gennemførelsen af den anfægtede kommissionsbeslutning, indtil der er truffet endelig afgørelse af Retten i den pågældende sag (T-65/98).

13. Ved kendelse af 28. april 1999 udsatte formanden for Rettens Femte Afdeling i overensstemmelse med artikel 47, stk. 3, i EF-statutten for Domstolen behandlingen af sag T-65/98, indtil Domstolen har afsagt dom i nærværende sag.

2 — Sag T-65/98 R, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 2641.

III — Behovet for at undgå modstrid mellem afgørelser truffet af de nationale retsinstanser og beslutninger truffet af fællesskabsinstitutionerne

14. Det er klart, at den centrale problemstilling i den foreliggende sag er behovet for at undgå modstrid mellem afgørelser truffet af de nationale retsinstanser og beslutninger truffet af fællesskabsinstitutionerne angående fortolkningen og anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86. En sådan risiko for modstrid eksisterer, idet — sådan som Domstolen bemærkede i Delimitis-dommen [3] — Kommissionen med hensyn til visse i traktatens artikel 85 og 86 regulerede spørgsmål — navnlig spørgsmålet om, hvorvidt en virksomheds adfærd skal anses for at være forenelig med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 — ikke har enekompetence, men deler sin kompetence med de nationale retsinstanser.

A — *Hvornår er der risiko for modstridende afgørelser*

a) Generelle bemærkninger

15. Der må gøres følgende indledende bemærkninger vedrørende spørgsmålet om, hvornår der er modstrid, eller risiko for modstrid, mellem på den ene side en beslutning truffet af Kommissionen, hvorved traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 anvendes på en given tvist, og på den anden side en afgørelse truffet af en national retsinstans om det samme emne.

16. Det er ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en sådan modstrid, at det retlige spørgsmål, som er blevet rejst ved den nationale retsinstans, og det retlige spørgsmål, som Kommissionen har taget stilling til, er beslægtede [4]. Det er heller ikke tilstrækkeligt, at de retlige spørgsmål udviser ligheder, når de relevante retsforskrifter og faktiske omstændigheder, som er blevet forelagt Kommissionen og de nationale retsinstanser, ikke er fuldstændig identiske [5]. Kommissionens beslutning kan ganske vist indeholde vigtige retningslinjer for den korrekte fortolkning af artikel 85, stk. 1, og artikel 86 [6], men i et sådant tilfælde er der ikke risiko for modstridende afgørelser set fra en rent retlig synsvinkel. Denne risiko foreligger kun, når den retlige afgørelse, som den nationale retsinstans træffer eller vil træffe, er i strid med

3 — Dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Sml. I, s. 935, præmis 43-46. Jf. også dom af 6.2.1973, sag 48/72, Brasserie de Haecht, Sml. s. 77, og af 30.1.1974, sag 127/73, BRT, Sml. s. 51.

4 — Sådan som det f.eks. er tilfældet, når de nationale retsinstanser prøver lovligheden af en eksklusivitetsklausul vedrørende anvendelsen af frysere til is, og Kommissionen tager stilling til en eksklusivaftale om benyttelsen af et distributionsnet for aviser.

5 — Sådan som det f.eks. er tilfældet, når de nationale retsinstanser prøver lovligheden af en eksklusivaftale mellem et selskab og detailhandler 1, 2 og 3 i Irland vedrørende anvendelsen af en fryser til is, mens Kommissionen undersøger en lignende aftale vedrørende de samme produkter på det samme marked mellem et andet selskab og detailhandler 4, 5 og 6.

6 — Jf. punkt 20 og 21 i Kommissionens meddelelse 93/C 39/05 om samarbejde mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, EFT 1993 C 39, s. 6.

begrundelsen for, eller den dispositive del af, Kommissionens beslutning [7]. Derfor må det i hvert enkelt tilfælde undersøges, hvor grænserne går for henholdsvis den retskraft, som knytter sig til den nationale retsinstans afgørelse, og indholdet af Kommissionens beslutning.

b) Den foreliggende sag

17. Indledningsvis skal det bemærkes, at High Court's dom og Kommissionens beslutning ved første øjekast tilsyneladende har samme genstand. Det drejer sig i begge tilfælde om at vurdere, om eksklusivitetsklausulen i fryseraftalerne mellem HB og de irske detailhandlere på markedet for is er forenelig med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86. At dommen og beslutningen har forskellige konklusioner, er dog ikke ensbetydende med, at de er i diametral indbyrdes modstrid.

18. Da High Court fastslog, at de omtvistede eksklusivitetsklausuler, som HB har pålagt detailhandlerne, ikke har en sådan indvirkning på konkurrencen, at de er uforenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86, lagde High Court nemlig oplysninger og vurderinger til grund for sin dom, der tidsmæssigt lå forud for denne dom, idet de vedrørte perioden før 1992. Det er imidlertid givet, at retsvirkningerne af High Court's dom strækker sig ud over tidspunktet for dens afsigelse. High Court har fastsat et endeligt pålæg om, at eksklusivitetsklausulerne om HB's frysere skal overholdes, og at Masterfoods ikke må tilskynde detailhandlerne til at overtræde disse eksklusivitetsklausuler.

19. Kommissionens beslutning bygger hovedsagelig på en markedsundersøgelse gennemført i 1996 [8]. Den tager også hensyn til, at de aftaler om at stille frysere til rådighed, som HB tilbyder detailhandlerne, blev ændret efter 1995. Den dispositive del af Kommissionens beslutning er klar. Eksklusivitetsklausulerne om benyttelse af de frysere, som HB stiller til rådighed for detailhandlerne, er ugyldige, da de er uforenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86. HB skal »omgående bringe de... omhandlede overtrædelser til ophør« [9] og inden tre måneder efter meddelelsen af beslutningen underrette detailhandlerne herom [10].

20. Der kan drages følgende to konklusioner af det foregående. For det første

7 — Jeg benægter ikke, at det ikke fremmer den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, såfremt Kommissionen og den nationale retsinstans træffer modstridende afgørelser i sager, hvor der er en mere oplagt lighed mellem genstanden for Kommissionens beslutning og genstanden for den nationale retsinstans afgørelse. Der er imidlertid ikke tale om en ren modstrid mellem fællesskabsbeslutningen og den nationale afgørelse. En anden fortolkning, der satte videre grænser for den ovennævnte risiko for modstridende afgørelser, ville lægge for snærende bånd på den nationale ret.

8 — Jf. betragtning 28-38 i beslutning 98/531.

9 — Artikel 4 i beslutning 98/531.

10 — Artikel 5 i beslutning 98/531.

bygger den dispositive del af Kommissionens beslutning ikke på de samme faktiske omstændigheder som dem, som den irske domstol lagde til grund [11]. Det er i teorien muligt, at eksklusivitetsklausulen i de fryseraftaler, der fandtes og blev anvendt før 1992, ikke var uforenelige med Fællesskabets konkurrenceregler — sådan som High Court fandt — men at det forholder sig anderledes med de aftaler, som er indgået efter 1992, og som Kommissionens undersøgelse drejede sig om. For det andet er de to afgørelser klart modstridende med hensyn til deres retsvirkninger, i det mindste fra tidspunktet for vedtagelsen og meddelelsen af Kommissionens beslutning. Ifølge Kommissionens beslutning ophører eksklusivitetsklausulen således automatisk med at finde anvendelse den 11. marts 1998, da den er uforenelig med Fællesskabets konkurrenceregler. Ifølge High Court's endelige forbud, der fortsat finder anvendelse efter den 11. marts 1998, skal den samme eksklusivitetsklausul derimod overholdes.

21. Der er følgelig tale om en delvis modstrid mellem High Court's dom og Kommissionens beslutning [12]. Denne modstrid afhænger af, om Kommissionens beslutning bliver anvendt. Rettens præsident har nemlig ved sin kendelse udsat gennemførelsen af den [13]. Desuden er der risiko for, at Supreme Court afsiger en dom, som bygger på præmisserne i High Court's dom i første instans eller på nye omstændigheder eller vurderinger, og som går imod Kommissionens beslutning. Denne mulighed behandler jeg i det følgende.

B — *Domstolens praksis vedrørende risikoen for modstridende afgørelser og beslutninger*

22. Som nævnt pegede Domstolen i Delimitis-dommen [14] på, at der er risiko for, at de nationale retsinstanser og Kommissionen træffer modstridende afgørelser og beslutninger, når de anvender Fællesskabets konkurrenceregler. Den understregede desuden, at modstridende afgørelser ville være i strid med det almindelige retssikkerhedsprincip og bør »undgås, når de nationale retter træffer afgørelse vedrørende aftaler eller praksis, som fortsat kan gøres til genstand for en kommissionsbeslutning« [15].

23. Endvidere fandt Domstolen det hensigtsmæssigt at give den nationale ret nogle

11 — Det ville den have gjort, hvis Kommissionen havde lagt situationen på det irske ismarked i perioden 1990-1992 og de pågældende virksomheders markedsandel i denne periode til grund for beslutningen.

12 — Jf. desuden præmis 7 i ovennævnte af præsidenten for Retten afsagte kendelse af 7.7.1998.

13 — Jf. fodnote 2.

14 — Jf. fodnote 3.

15 — Delimitis-dommen, præmis 47.

retningslinjer for, hvordan den skulle forholde sig i en sådan situation. Hvis det står klart, hvilken løsning der skal vælges med hensyn til anvendelsen af de omtvistede fællesskabsbestemmelser, kan den nationale ret fortsætte sin behandling af sagen [16]. Når der derimod er risiko for modstrid mellem den nationale rets afgørelse og Kommissionens forestående beslutning om anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86, »kan den nationale ret beslutte at udsætte sagen eller at træffe foreløbige foranstaltninger« [17]. Domstolen fremhævede desuden, at den nationale retsinstans kunne indhente oplysninger hos Kommissionen om, hvor langt denne var kommet i sin undersøgelse, eller udbede sig Kommissionens bistand med hensyn til de vanskeligheder, som den var stødt på i forbindelse med anvendelsen af de pågældende artikler i traktaten [18]. Endelig kunne den nationale ret beslutte at udsætte sagen for at forelægge Domstolen en anmodning om en præjudiciel afgørelse i medfør af traktatens artikel 177 [19].

24. Det skal understreges, at Delimitis-sagen vedrørte et tilfælde, hvor en national retsinstans skulle tage stilling til anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 på et tidspunkt, hvor Kommissionen behandlede det samme spørgsmål, men hvor den endnu ikke havde meddelt sin beslutning derom. Desuden vedrører Domstolens opfordring til at benytte proceduren i traktatens artikel 177 et stadium i sagen, hvor den nationale ;ret ikke har rejst spørgsmål om lovligheden af en retsakt, som Kommissionen allerede har udstedt. Domstolen opfordrede med andre ord den nationale ret til i de spørgsmål, som den forelagde Domstolen, at rejse et problem vedrørende fortolkningen af fællesskabsbestemmelser, ikke, i givet fald, et spørgsmål om gyldigheden af en individuel kommissionsbeslutning. Det er dette spørgsmål, der er opstået i den foreliggende sag, hvis særlige karakter det er nødvendigt at understrege.

C — *Den foreliggende sags særlige karakter*

25. Den aktuelle sag dækkes ikke fuldt ud af de konklusioner, som Domstolen nåede frem til i Delimitis-dommen. Sagens særlige karakter og de vanskeligheder, som den frembyder, hænger sammen med følgende faktorer.

For det første er der som nævnt ikke tale om en rent potentiel modstrid mellem den dom, som den irske ret i første instans har afsagt, og den beslutning, som Kommissionen allerede har truffet. Der er tale om en åbenbar og truende modstrid [20], som allerede ville have været aktuel, hvis Retten i Første Instans ikke havde bestemt, at gennemførelsen af Kommissionens beslutning skulle udsættes [21]. Desuden vil der

16 — Delimitis-dommen, præmis 50.

17 — Delimitis-dommen, præmis 52.

18 — I medfør af det i EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) fastsatte princip om Kommissionens pligt til at samarbejde med de nationale myndigheder.

19 — Delimitis-dommen, jf. fodnote 3, præmis 54.

20 — Det skal endnu en gang bemærkes, at den nationale ret i den foreliggende sag fandt, at de omtvistede eksklusivitetsklausuler er forenelige med Fællesskabets konkurrenceregler, hvorimod Kommissionen har indtaget det diametralt modsatte standpunkt. Modstriden mellem disse standpunkter ville have mindre alvorlige følger for stabiliteten i Fællesskabets retslige struktur, hvis det var den nationale ret, der havde stillet sig negativt til eksklusivitetsklausulerne, og Kommissionen, der havde fundet dem forenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86.

21 — Jf. fodnote 12.

være modstrid mellem Kommissionens beslutninger og den irske retsinstans' afgørelse, hvis Supreme Court i hovedsagen indtager standpunkter, der strider imod dem, der fremgår af beslutning 98/531. Noget sådant kan ske, hvis Supreme Court finder, for det første, at præmisserne og konklusionen i High Court's dom er korrekte, eller, for det andet, at præmisserne for dommen i første instans er fejlagtige, men at konklusionen er korrekt på grund af andre faktorer.

For det andet har Retten endnu ikke afgjort spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionens beslutning er lovlig. Hvis Retten frifinder Kommissionen i den sag, som er anlagt ved den, og Supreme Court stadfæster High Court's modstridende afgørelse, vil de irske retsinstanser to gange have anfægtet fællesskabsrettens forrang[22].

For det tredje kunne den foreliggende sag foranledige Domstolen til at udtale sig om forholdet mellem proceduren i EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) og proceduren i artikel 177 og om forholdet mellem Domstolen og Retten.

For det fjerde er en af parterne i hovedsagen, HB, der støtter High Court's dom i første instans, også adressat for Kommissionens beslutning og har ved Retten anlagt sag til prøvelse af beslutningen. I den forbindelse er HB's modpart i hovedsagen, Masterfoods, indtrådt som intervenient for Retten i den af HB anlagte sag. Dette kan være af betydning for, hvordan det første præjudicielle spørgsmål skal besvares.

IV — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger*

a) Genstanden for tvisten i hovedsagen

26. Det må først afklares, hvad der er genstanden for den sag, der verserer for Supreme Court. Uden at det er fornødent at gå i detaljer med irsk procesret, kan det konstateres, at den forelæggende ret ønsker at undersøge rigtigheden af såvel præmisserne som konklusionen i dommen i første instans. Om High Court's vurdering af eksklusivitetsklausulernes forenelighed med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 er rigtig, vil først og fremmest blive bedømt ud fra de faktiske og retlige omstændigheder, som den irske domstol i

22 — Fordi de dels ikke har taget hensyn til den opfattelse, som den kompetente administrative fællesskabsmyndighed (Kommissionen) har givet udtryk for, dels ikke har respekteret den kompetence til at træffe afgørelse om lovligheden af fællesskabsmyndighedernes retsakter og til at sikre overholdelsen af dem, som er tillagt Fællesskabets retsinstanser (Retten og, i tilfælde af appel, Domstolen).

første instans skulle tage stilling til. Beslutning 98/531 har følgelig i sagens natur ingen betydning for Supreme Court's bedømmelse.

27. Omvendt er retsvirkningerne af den irske rets dom i første instans i direkte modstrid med beslutning 98/531, eftersom de også finder anvendelse, efter at beslutningen er trådt i kraft. Det er følgelig klart, at High Court's dom i første instans ville være i strid med Kommissionens beslutning, hvis Retten ikke havde bestemt, at gennemførelsen af denne skulle udsættes, idet dommen også finder anvendelse, efter at Kommissionens beslutning er trådt i kraft, og det *uanset om præmisserne for den var korrekte, da den blev afsagt.* Supreme Court kan ikke se bort fra denne omstændighed, idet Supreme Court i sidste instans afgør i sin egen dom, om konklusionen i High Court's dom skal stadfæstes eller ophæves efter den 11. marts 1998. Desuden skal Supreme Court — som skal tage stilling til en i første instans truffet retsafgørelse, som omfatter et permanent forbud — tage den retlige og faktiske situation i betragtning, der har udviklet sig indtil tidspunktet for dens egen dom, i den udstrækning, som den nationale retsorden tillader. Supreme Court kan derfor ikke se bort fra tilstedeværelsen og indholdet af beslutning 98/531.

b) De præjudicielle spørgsmål

28. Det første spørgsmål drejer sig om, at beslutning 98/531, som er i strid med konklusionen i den irske rets dom i første instans, i forvejen er genstand for et annullationssøgsmål ved Retten. Er denne omstændighed tilstrækkelig til, at den nationale ret skal afvente annullationssøgsmålets afgørelse, inden den tager endelig stilling til den sag, der verserer for den? Har det betydning, at HB, der støtter den i første instans afsagte dom, også er den part, som har anlagt sag til prøvelse af beslutning 98/531 efter proceduren i traktatens artikel 173? De øvrige to spørgsmål er realitetsspørgsmål. De drejer sig om den korrekte fortolkning og anvendelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og dens artikel 86 og 222 (nu artikel 295 EF).

29. Der skal gøres følgende indledende bemærkning vedrørende det første præjudicielle spørgsmål. Hvis spørgsmålet om gyldigheden af beslutning 98/531 ikke har nogen betydning for afgørelsen af den nationale tvist, kan denne afgørelse under ingen omstændigheder afhænge af udfaldet af den for Retten verserende sag, der er anlagt til prøvelse af beslutningen. Denne mulighed kan i teorien tænkes, hvis, som nævnt, konklusionen i High Court's dom ikke nødvendigvis strider imod Kommissionens beslutning, fordi den bygger på andre faktiske omstændigheder. I praksis er det dog næppe muligt at afgøre tvisten i hovedsagen uden overhovedet at undersøge, om den omtvistede kommissionsbeslutning er korrekt og skal efterkommes. Der må skelnes mellem følgende to situationer.

30. i) Lad os antage, at den fortolkning, som Domstolen foretager som svar på det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål, foranlediger Supreme Court til at drage den

konklusion, at High Court's dom på baggrund af de faktiske omstændigheder, som High Court skulle tage stilling til, er retligt forkert, fordi High Court har fortolket og/eller anvendt traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 forkert. I så fald ophæves dommen i første instans og ophører med at have retsvirkninger, og spørgsmålet om, hvorvidt denne dom er i strid med Kommissionens beslutning er ikke længere aktuelt. Resulterer hovedsagen i, at det fastslås, at dommen i første instans er fejlagtig, og det omtvistede endelige forbud til fordel for HB ophæves, kan den forelæggende ret efter min mening udmærket afslutte sit judicielle arbejde uden at behøve at vide, om beslutning 98/531 er gyldig, og uden at risikere at afsige en dom, der strider imod Kommissionens beslutning.

31. ii) Hvad sker der derimod, hvis — og det er det mest sandsynlige — den forelæggende ret under hensyn til de nationale processuelle regler, der måtte gælde, skal tage stilling til rigtigheden af det endelige retslige forbud til fordel for HB på grundlag af de faktiske omstændigheder, sådan som de har formet sig frem til det tidspunkt, hvor den afsiger sin egen dom? Der er en beslægtet mulighed: Supreme Court ophæver det i første instans nedlagte endelige forbud og skal afgøre sagens realitet, idet Supreme Court denne gang prøver, om HB's omtvistede klausuler er forenelige med fællesskabsretten på tidspunktet for denne nye bedømmelse. Hvordan skal man endvidere stille sig til muligheden af, at den forelæggende ret, under hensyn til svarene på det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål, stadfæster det endelige forbud, der blev nedlagt i første instans?

32. I ingen af de under ii) nævnte tilfælde kan Supreme Court efter min mening se bort fra beslutning 98/531, hvis indhold den skal iagttage. Så meget mere kan den forelæggende ret ikke afsige en dom i sidste instans, hvori den stadfæster den, der blev afsagt i første instans, eller under alle omstændigheder bestemmer, at fryseraftalerne skal overholdes. Det ville nemlig være ensbetydende med, at den direkte anfægtede gyldigheden af Kommissionens beslutning og tilsidesatte de forpligtelser, som traktatens artikel 5 pålægger den implicerede medlemsstat[23]. Det kan følgelig slås fast, at den forelæggende ret ikke kan træffe endelig afgørelse i hovedsagen, medmindre den ved, om beslutning 98/531 er gyldig eller ej, hvilket den ikke selv har kompetence til at afgøre. Den kan naturligvis afvente, at Retten træffer afgørelse i den sag, som er anlagt til prøvelse af beslutning 98/531. Men hvis den forelæggende ret ikke ønsker at afvente udfaldet af annullationssøgsmålet for Retten[24], har den intet andet valg end at rejse spørgsmålet om gyldigheden af beslutning 98/531 ved at stille Domstolen et præjudicielt spørgsmål herom[25], *forudsat at der*

23 — I øvrigt er Supreme Court givet ikke forpligtet til allerede nu at rette sig efter Kommissionens beslutning, idet gennemførelsen af den er blevet udsat. Det ville være forkert af den irske retsinstans alligevel at anvende beslutningen, idet dette ville være udtryk for, at den så bort fra den kendelse fra Rettens præsident, hvorved gennemførelsen af beslutning 98/531 blev udsat (jf. punkt 12 ovenfor). Noget sådant ville være i strid med de gældende tvistemålsregler i Fællesskabet.

24 — Jeg antager, at Supreme Court ikke agter at afvente Rettens dom, medmindre den er forpligtet til det. I modsat fald ville Supreme Court ikke have stillet de aktuelle præjudicielle spørgsmål, og Retten ville ikke have haft grund til at udsætte behandlingen af den sag, der verserer for den.

25 — Jf. f.eks. dom af 22.10.1987, sag 314/85, Foto-Frost, Sml. s. 4199, af 9.11.1995, sag C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 3761, af 15.4.1997, sag C-27/95, Bakers of Nailsea, Sml. I, s. 1847, og af 17.7.1997, sag C-334/95, Krüger, Sml. I, s. 4517.

i det aktuelle tilfælde er mulighed herfor[26].

33. Hvis løsningen af tvisten i hovedsagen forudsætter en stillingtagen til gyldigheden af beslutning 98/531, melder der sig derfor følgende spørgsmål. Kan den forelæggende ret, hvis den ønsker det[27], forelægge Domstolen dette spørgsmål efter proceduren i traktatens artikel 177?

26 — Jeg skal i den forbindelse erindre om yderligere et særligt træk ved den foreliggende tvist, som kan ændre grundlaget for det retlige spørgsmål, som er opstået: Retten har afgjort, at gennemførelsen af den omtvistede kommissionsbeslutning skal udsættes. Eftersom denne udsættelse hindrer den pågældende retsakt i at have virkninger, giver den da ikke ipso facto den forelæggende ret mulighed for at afgøre den tvist, der verserer for den, uden at rejse spørgsmål om gyldigheden af Kommissionens beslutning? Dette mener jeg, at der må svares benægtende på.
For det første må der sondres mellem spørgsmålet om gyldigheden og tilstedeværelsen af en individuel fællesskabsbeslutning truffet af Kommissionen og spørgsmålet om gennemførelsen af beslutningen, dvs. dens konkrete retsvirkninger. Udsættelsen af gennemførelsen er uden betydning for beslutningens gyldighed og drager heller ikke dens lovlighed i tvivl. Udsættelsen er besluttet, for at der kan findes en foreløbig løsning på visse problemer, således at det ikke bliver vanskeligt at genoprette situationen, hvis beslutningen senere annulleres. Beslutningen forbliver imidlertid en del af fællesskabsretten og et udtryk for det kompetente administrative fællesskabsorgans vilje med hensyn til, hvordan bestemte retsforskrifter skal anvendes på konkrete situationer.
Ikke blot retssikkerhedsprincippet, men også princippet om fællesskabsrettens forrang, forpligter således de nationale retsinstanser, ikke til at anvende beslutningen, naturligvis, men til dog at tage hensyn til den. De skal afholde sig fra enhver handling, der kan tilsidesætte den retlige stillingtagen, som kommer til udtryk i den pågældende forvaltningsakt, også selv om gennemførelsen af denne er blevet udsat. En sådan handling mener jeg kunne bestå i en dom, hvorved Supreme Court som sidste instans afgjorde, at High Court's kendelse også skal finde anvendelse i fremtiden.
Denne konklusion kan forekomme overraskende. Det kunne endda hævdes, at den er i strid med selve princippet i udsættelsen, i og med at den tillader, at Kommissionens beslutning bevarer en vis bindende karakter, selv om den reelt er blevet stillet i bero. Disse dogmatiske indvendinger tager imidlertid ikke hensyn til det foreliggende spørgsmåls særlige karakter. Det er ikke opstået inden for rammerne af én bestemt retsorden (en national retsorden eller Fællesskabets retsorden), men vedrører forholdet mellem to retsordener og kan ikke behandles udelukkende på grundlag af de almindelige principper i den nationale offentlige ret.
Et yderligere argument for den opfattelse, som jeg gør mig til talsmand for, kan findes i Delimitis-dommen. Domstolen opfordrede heri de nationale retsinstanser til at undlade at afsige en dom, der stred imod Kommissionens beslutning vedrørende det samme spørgsmål, også selv om de gjorde det på et tidspunkt, hvor Kommissionen endnu ikke havde taget stilling, dvs. vedtaget en forvaltningsakt. Med andre ord begrænser den blotte omstændighed, at Kommissionen eventuelt tager stilling til et spørgsmål, i en vis udstrækning den nationale retsinstans' frihed med hensyn til den tvist, som den er blevet forelagt, og det af hensyn til retssikkerheden og fællesskabsrettens forrang. Så meget mere må den nationale ret, når Kommissionen ikke alene har undersøgt en sag, men også truffet en beslutning i den, derfor afholde sig fra at træffe en modstridende afgørelse, også selv om gennemførelsen af den pågældende kommissionsretsakt er blevet udsat.

B — *Kan gyldigheden af beslutning 98/531 i det foreliggende tilfælde prøves ved hjælp af et præjudicielt spørgsmål*

34. Jeg forsøger i det følgende at besvare det første præjudicielle spørgsmåls to dele

27 — Det kan ikke udledes af det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål, som vedrører sagens realitet, at den forelæggende ret virkelig tvivler på, at den omtvistede kommissionsbeslutning er gyldig. Da dette spørgsmål er afgørende for, at der kan træffes en korrekt afgørelse om tvisten i hovedsagen, og da den forelæggende rets holdning er afgørende i så henseende, kunne man mene, at den mest passende løsning ville være at spørge denne ret, om den agter at anfægte gyldigheden af beslutning 98/531.
Under alle omstændigheder synes Domstolen at have fulgt et andet ræsonnement i sin nyligt afsagte dom af 7.9.1999, sag C-61/98, De Haan, Sml. I, s. 5003). Den forelæggende ret havde ikke rejst det spørgsmål om gyldigheden af en kommissionsbeslutning, som var afgørende for tvistens løsning, men Domstolen fandt det alligevel nødvendigt at behandle det »for at give den forelæggende ret et brugbart svar til dens afgørelse af tvisten i hovedsagen« (præmis 47). Endvidere fandt Domstolen, at »en prøvelse af Kommissionens beslutning... i øvrigt [er] i overensstemmelse med princippet om procesøkonomi, fordi Domstolen desuden direkte har fået forelagt spørgsmålet om denne beslutnings lovlighed i sagen Nederlandene mod Kommissionen (sag C-157/98), hvis behandling i øjeblikket er udsat i afventning af nærværende dom« (præmis 49). I den henseende er der lighedspunkter mellem De Haan-sagen og den foreliggende sag, idet den omtvistede beslutning 98/531 er blevet anfægtet ved Retten, som har udsat sagen i afventning af Domstolens dom.
Det skal dog understreges, at der er visse forskelle mellem de to sager. I De Haan-sagen havde den nationale retsinstans ikke kendskab til Kommissionens beslutning, da den afsagde forelæggelseskendelsen (præmis 47); desuden havde beslutningen i samme sag »været genstand for såvel skriftlige som mundtlige indlæg« (præmis 49). Derimod kender Supreme Court i den foreliggende sag Kommissionens beslutning, hvilket klart fremgår af formuleringen af det første præjudicielle spørgsmål. Desuden er parterne ikke direkte blevet opfordret til at udtale sig om kommissionsbeslutningens gyldighed.
Selv om man kan se bort fra ovenstående problemer, mener jeg, at undersøgelsen af gyldigheden af Kommissionens beslutning støder på en anden, mere betydningsfuld, hindring. Den skal jeg nu redegøre for.

ud fra den forudsætning, at det for at afgøre tvisten i hovedsagen først må undersøges, om beslutning 98/531 er gyldig.

a) Indledende bemærkninger

35. Jeg begynder vurderingen med følgende to bemærkninger.

36. For det første skal det fremhæves, at den bedste måde at undgå faren for en dom, der strider imod Kommissionens beslutning, ville være, at den forelæggende ret selv besluttede at udsætte sagen, indtil Fællesskabets kompetente retsinstanser havde taget endelig stilling til, om den omtvistede kommissionsretsakt er lovlig. Det kan nemlig ikke *klart* udledes af Delimitis-dommen eller af nogen EF-retsforskrift, at den nationale retsinstans har pligt til at afvente, at det i henhold til traktatens artikel 173 indbragte annullationssøgsmål afgøres, inden den tager endelig stilling til den sag, der verserer for den. Tværtimod anførte Domstolen i Delimitis-dommen, at den nationale retsinstans kunne, ikke skulle, udsætte den nationale sag for at undgå modstridende afgørelser.

37. Den foreliggende sag afviger i betydelig grad fra det tilfælde, som den nationale ret var forelagt i Delimitis-sagen [28]. Alligevel kan det udledes af denne dom, at den nationale ret både tilgodeser den nationale sags behov og beskytter Fællesskabets retsorden og retssikkerhedsprincippet, hvis den iværksætter proceduren i traktatens artikel 177, når der er risiko for, at dens dom vil stride imod Kommissionens opfattelse [29]. Derimod finder jeg den løsning problematisk, hvorefter det er tilstrækkeligt at rejse annullationssøgsmål til prøvelse af kommissionsbeslutningen i henhold til traktatens artikel 173 for at udelukke anvendelse af proceduren i artikel 177 og forpligte den nationale retsinstans til at udsætte sagen, indtil annullationssøgsmålet er afgjort. Denne løsning synes ved første øjekast at lægge for snærende bånd på den nationale ret, og det er ikke klart, om den harmonerer med den nuværende kompetencefordeling mellem nationale organer og fællesskabsorganer, eller om den er i overensstemmelse med den alment anerkendte opfattelse af forholdet mellem den nationale retsorden og fællesskabsretten [30].

38. For det andet skal det bemærkes, at Domstolen også i andre sager er blevet forelagt præjudicielle spørgsmål, hvor der var rejst spørgsmål om gyldigheden af en fællesskabsretsakt, som allerede var blevet anfægtet ved et annullationssøgsmål i hen-

28 — Jf. fodnote 3 og punkt 22 ff.

29 — Dette synes Kommissionen også at mene i punkt 22 og 32 i sin meddelelse om samarbejde mellem Kommissionen og de nationale domstole, jf. fodnote 6.

30 — Uanset dette mener jeg ikke, at princippet om samarbejde mellem de nationale retsinstanser og Kommissionen, der udspringer af traktatens artikel 5, er en tilstrækkelig begrundelse for at pålægge de nationale domstole en generel forpligtelse til at udsætte hovedsagen, blot fordi kommissionsbeslutningen er genstand for en verserende sag for Retten.

hold til traktatens artikel 173. I disse sager har Domstolen ikke fundet, at der ikke kan forelægges sådanne spørgsmål, fordi der er indbragt et annullationssøgsmål, og den har heller ikke krævet, at de nationale retsinstanser afventer afgørelsen af den i henhold til traktatens artikel 173 anlagte sag [31]. Derimod reagerer Fællesskabets retsinstanser selv på tilstedeværelsen af to parallelle sager med samme genstand ved at udsætte den ene sag, indtil den anden er blevet afgjort [32].

39. Indskrænker man sig til ovenstående generelle betragtninger, fører det til formuleringen af det vejledende princip, at den nationale ret, selv i sager, hvor der er risiko for modstrid med en allerede truffet kommissionsbeslutning, imod hvilken der er rejst annullationssøgsmål i henhold til traktatens artikel 173, ikke er forpligtet til at afvente, at annullationssøgsmålet afgøres, selv om den for at afgøre tvisten i hovedsagen er nødt til at vide, om den omtvistede kommissionsbeslutning er gyldig eller ej. Dette problem kan løses ved at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

31 — Det er Domstolens faste praksis at lade det bero på den nationale retsinstans' vurdering, om denne skal forelægge et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af en EF-forvaltningsakt. Den nationale retsinstans har kompetence til at afgøre, om den kan afvente afgørelsen af det for Retten eller Domstolen verserende annullationssøgsmål, eller om det er nødvendigt for den at benytte proceduren i traktatens artikel 177. I sidstnævnte tilfælde besvarer Domstolen normalt de stillede præjudicielle spørgsmål ved at tage stilling til den pågældende fællesskabsretsakts lovlighed.

32 — Jf. artikel 47, stk. 3, i EF-statutten for Domstolen. Det er endog muligt, at proceduren i artikel 177 prioriteres højere end proceduren i artikel 173. Denne løsning vælges også, når der er tale om en ved Retten anlagt sag. Jf. f.eks. dom af 17.7.1997, sag C-183/95, Affish, Sml. I, s. 4315, og Rettens kendelse i sag T-136/98.

40. Dog skal jeg nu forsøge at vise, at der godt kan rejses indvendinger mod dette vejledende princip. Der kan, i det mindste i den foreliggende sag, fremsættes tungtvejende argumenter til fordel for den modsatte løsning, dvs. argumenter for, at det i det aktuelle tilfælde ikke er muligt at benytte proceduren i traktatens artikel 177, og for, at den nationale ret har pligt til at udsætte den sag, der verserer for den, indtil det for Retten verserende annullationssøgsmål er afgjort.

b) Det er til hinder for at forelægge et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af beslutning 98/531, at hovedsagens parter er de samme

41. Den nationale rets muligheder for at benytte proceduren med en præjudiciel forelæggelse er ikke ubegrænsede. Domstolen har hidtil fundet, at der ikke kan rejses tvivl om gyldigheden af en fællesskabsretsakt ifølge proceduren i traktatens artikel 177, når en af parterne i hovedsagen tilhører følgende kategori. Den pågældende part er for det første adressat for den fællesskabsretsakt, som sagen drejer sig om, og som den naturligvis har ret til at anfægte ved et annullationssøgsmål i henhold til traktatens artikel 173. Den kan dog ikke udnytte denne søgsmålsret, fordi den frist, der er fastsat i sidste stykke i denne artikel, er udløbet. Parten er for det andet den part i hovedsagen, som vil have fordel af, at retsaktens gyldighed anfægtes gennem et præjudicielt spørgsmål.

42. Denne faste retspraksis [33] fremmer den korrekte iagttagelse af Fællesskabets procesregler og dermed af retssikkerheden. At vælge den modsatte løsning ville således svare til at give den part, der tilhørte ovennævnte kategori, »adgang til at omgå den endelige karakter, som i kraft af retssikkerhedsprincippet er knyttet til en beslutning, når søgsmålsfristen i henhold til artikel 173 er udløbet« [34].

43. Den foreliggende sags omstændigheder adskiller sig fra dem, som Domstolen beskæftigede sig med i ovennævnte retspraksis. HB er den part i hovedsagen, som har interesse i, at beslutning 98/531 kendes ugyldig i medfør af et præjudicielt spørgsmål herom fra Supreme Court. Det samme selskab har imidlertid allerede indbragt annullationssøgsmål mod beslutningen ved Retten. Desuden skal det påpeges, at det var HB's modpart i hovedsagen, nemlig Masterfoods, som indbragte den klage, på grundlag af hvilken Kommissionen vedtog den omtvistede beslutning, og Masterfoods har for Retten afgivet indlæg til støtte for dens gyldighed.

44. Jeg mener ikke, at Domstolen tidligere direkte er blevet forelagt et så usædvanligt tilfælde. I denne sag indebærer det dog ved første øjekast ikke de samme risici for tilsidesættelse af såvel EF-retsakters som EF-procesreglers bindende karakter at slå fast, at der kan foretages en præjudiciel forelæggelse. Disse risici var åbenbare i ovennævnte retspraksis. Den blotte omstændighed, at den omtvistede kommissionsbeslutning allerede er blevet anfægtet ved Retten, er tilstrækkelig til, at den retlige problemstilling ikke er endeligt afklaret, og at beslutningens adressat ikke har mistet enhver mulighed for at anfægte dens lovlighed [35].

33 — Jf. generaladvokat Van Gerven's forslag til afgørelse i Banks-sagen (dom af 13.4.1994, sag C-128/92, Sml. I, s. 1209) og dom af 9.3.1994, sag C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Sml. I, s. 833, af 30.1.1997, sag C-178/95, Wiljo, Sml. I, s. 585, og af 11.11.1997, sag C-408/95, Eurotunnel m.fl., Sml. I, s. 6315.

34 — Præmis 21 i Wiljo-dommen, jf. fodnote 33. Domstolen understregede i denne dom nødvendigheden af at undgå risikoen for procedurefordrejning og tilsidesættelse af Fællesskabets procesregler, skønt den derved indskrænkede den nationale domstols ret til at bestemme, hvilke præjudicielle spørgsmål den skal forelægge Domstolen til afgørelse. Dette specielle tilfælde markerer med andre ord en afvigelse fra den præjudicielle forelæggelses selvstændige karakter.

35 — Dom af 21.5.1987, forenede sager 133/85-136/85, Rau m.fl., Sml. s. 2289, synes også at tale for, at den omtvistede kommissionsbeslutnings lovlighed skal kunne anfægtes under den nationale sag, og at der som en følge heraf også skal kunne forelægges et præjudicielt spørgsmål herom. Det følger tilsyneladende af denne dom, at en person, som kan anfægte en fællesskabsretsakt inden for fristen i traktatens artikel 173, kan anfægte retsaktens lovlighed under en national sag. Jeg er noget forbeholden med hensyn til, om den i Rau m.fl.-dommen valgte løsning stadig er gyldig, ikke alene efter afsigelsen af TWD Textilwerke Deggendorf-dommen (jf. fodnote 33), men også efter oprettelsen af Retten i Første Instans. Bortset fra dette er de faktiske omstændigheder i Rau m.fl.-dommen forskellige fra omstændighederne i den foreliggende sag. En person, som er part i en national sag, og som i teorien har ret til at anfægte en fællesskabsretsakt ved Retten, behandles anderledes end en part i en national sag, som allerede har anlagt en sag eller afgivet indlæg i et annullationssøgsmål i henhold til traktatens artikel 173. Som omtalt i det følgende foreligger der en særlig situation, der må undersøges særskilt, når der er tale om samtidig deltagelse i to sager.

45. Alligevel mener jeg, at det i dette specielle tilfælde må foretrækkes, at det fastslås, at det ikke er muligt indirekte at anfægte fællesskabsretsaktens gyldighed gennem et præjudicielt spørgsmål. Jeg mener ikke, det er foreneligt med princippet om god justitsforvaltning at prøve en fællesskabsretsakts gyldighed i to parallelle sager for i sidste instans at beskytte de parters interesser, som deltager i dem [36].

46. Dette ræsonnement bygger først og fremmest på den konstatering, at det skyldes mangler i retssystemet, at der kan forekomme situationer, hvor de samme parter rejser nøjagtig samme retlige spørgsmål i to, indbyrdes fuldstændig uafhængige, parallelle retssager. Sådanne situationer er ikke ønskelige, ikke blot fordi de forøger retsinstansernes arbejde, men også fordi de øger risikoen for modstridende afgørelser eller, i det mindste, for fordrejning af procesreglerne og misbrug af retsmidlerne [37].

47. I den foreliggende sag deltager parterne i den nationale sag for Supreme Court i forvejen i annullationssøgsmålet for Retten. Hvad navnlig HB angår, som med urette risikerer at lide skade, hvis den omtvistede kommissionsretsakt — forudsat, at den er ulovlig — anvendes i den nationale sag, er selskabet effektivt beskyttet mod denne risiko. For det første har HB udnyttet sin søgsmålsret i henhold til traktatens artikel 173 og anlagt sag ved Retten. For det andet er gennemførelsen af den omtvistede kommissionsretsakt blevet udsat, hvilket

36 — Den konkrete losning, som jeg foreslår under hensyn til omstændighederne i den foreliggende sag, udelukker ikke helt, at en national retsinstans kan rejse spørgsmål om en fællesskabsbeslutnings lovlighed gennem et præjudicielt spørgsmål, selv om beslutningen allerede er blevet anfægtet efter proceduren i traktatens artikel 173. Hvis parterne i den nationale sag nemlig er personer, som ikke (med sikkerhed) har ret til at anfægte den omtvistede fællesskabsretsakt direkte for Retten — hvilket også er det hyppigst forekommende — ville det måske være uretfærdigt, om deres retsbeskyttelse var afhængig af, hvordan det verserende annullationssøgsmål, hvis udfald de ikke kunne påvirke, udviklede sig. Hvis f.eks. sagsøgeren i henhold til traktatens artikel 173 ikke benytter de behørige annullationsretsmidler eller frafalder sagen, kan det ske, at den anfægtede retsakt ikke bliver annulleret af Fællesskabets retsinstanser, selv om den er ulovlig. Det kan skade tredjeparter, der berøres af de negative virkninger, som fællesskabsretten har for dem, men som ikke kan modsætte sig dens gennemførelse. Hvis det følgelig er forbudt at forelægge et præjudicielt spørgsmål om lovligheden af den omtvistede retsakt, vil de parter i hovedsagen, som ikke kan anfægte retsakten for Retten, heller ikke kunne forsvare sig fyldestgørende mod den ulovlige retsakt, sådan som de kunne have gjort, hvis de havde overbevist den nationale ret om, at den skulle iværksætte proceduren med en præjudiciel forelæggelse, og derpå fremsat deres bemærkninger for Domstolen.
Der er imidlertid alvorlige praktiske problemer forbundet selv med den løsning, der består i at forelægge et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af en fællesskabsretsakt, som i forvejen er genstand for et annullationssøgsmål, når parterne i hovedsagen ikke har adgang til at benytte retsmidlet i traktatens artikel 173. Disse problemer gør jeg rede for i nogle af de følgende punkter i min vurdering (punkt 49 ff.).

37 — Det er derfor, at ethvert domstolssystems regler om litispendens og kompetence bl.a. tager sigte på at undgå sådanne situationer. Det sker ikke alene ved at foreskrive, at hver tvist skal pådommes af en bestemt ret, men også ved at gøre det umuligt på ny at indbringe en tvist, der allerede verserer for domstolene.

udelukker, at den irske domstol kan anvende den direkte [38].

48. At fastslå, at såvel HB som Masterfoods kan opnå, at gyldigheden af beslutning 98/531 prøves gennem et præjudicielt spørgsmål fra Supreme Court til Domstolen, ville efter min opfattelse skabe risiko for procedurefordrejning. Det ville gøre det muligt for både sagsøgeren og intervenienten i sagen for Retten at overføre opgaven at tage stilling til gyldigheden af den omtvistede kommissionsbeslutning til Domstolen og dermed omgå annullationsproceduren. En sådan situation, hvor det var muligt — eller hvor det kunne være muligt — for visse parter indirekte at vælge, gennem hvilket fællesskabsretsmiddel det skulle afgøres, om en fællesskabsinstitutions beslutning var gyldig, mener jeg ikke ville være processuelt acceptabel [39]. Den ville ikke være i overensstemmelse med en effektiv retspleje. Under hensyn til de særlige omstændigheder i den foreliggende sag mener jeg følgelig, at det må foretrækkes, at gyldigheden af beslutning 98/531 ikke kan anfægtes gennem et præjudicielt spørgsmål fra Supreme Court [40].

38 — Denne anden bemærkning er særlig vigtig. Hvis Retten ikke havde bestemt, at gennemførelsen af kommissionsbeslutningen skulle udsættes, kunne den nationale rets forelæggelse af et præjudicielt spørgsmål have en praktisk betydning ud over betydningen af på ny at rejse spørgsmålet om beslutningens gyldighed, nemlig at gøre det muligt for den nationale ret selv at udsætte anvendelsen af fællesskabsretsakten i overensstemmelse med, hvad der blev slået fast i dommen i sagen Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., jf. fodnote 25.

39 — Der er fare for, at en af parterne i annullationssøgsmålet for Retten mener, at parten er bedre tjent med at udvirke, at der forelægges et præjudicielt spørgsmål om lovligheden af den retsakt, som i forvejen anfægtes i annullationssøgsmålet, således at lovlighedskontrollen efter traktatens artikel 177 får forrang frem for den fulde retslige prøvelse efter artikel 173. Partens adfærd har i så fald karakter af forhaling og misbrug og fører til en fordrejning af Fællesskabets procesregler. Jeg påstår naturligvis ikke, at det forholder sig således i det foreliggende tilfælde, men risikoen for procedurefordrejning eksisterer, i det mindste på det teoretiske plan.

40 — Det kan indvendes mod denne argumentation, at den foreslåede løsning medfører en forsinkelse af den nationale sag, som er uafhængig af annullationssøgsmålet ved Fællesskabets retsinstanser, og at den gør indgreb i den nationale rets kompetence til at afgøre, hvornår det for at afgøre den tvist, der er indbragt for den, er nødvendigt at indhente et svar på et præjudicielt spørgsmål.
At fastslå, at der ikke kan forelægges et præjudicielt spørgsmål i det foreliggende tilfælde, er i realiteten ensbetydende med at pålægge den nationale ret at afvente, at sagen for Retten afgøres, før den afsiger en endelig dom. Domstolen udtaler sig normalt ikke om, hvorvidt det er nødvendigt og hensigtsmæssigt at forelægge et præjudicielt spørgsmål, da det griber ind i den nationale rets kompetence til at behandle de sager, som indbringes for den. Det følger imidlertid af Domstolens praksis vedrørende præjudicielle spørgsmåls antagelse til besvarelse, at denne kompetence ikke er absolut, men at Domstolen i visse undtagelsestilfælde kan begrænse den. Om det er nødvendigt at bistå den nationale ret i et fællesskabsretligt spørgsmål, vurderes i øvrigt ikke in abstracto, men på baggrund af de faktiske omstændigheder i den konkrete sag. Hvis der følgelig, som i det foreliggende tilfælde, må drages den sikre konklusion af disse omstændigheder, at det — netop fordi parterne i hovedsagen for at opnå den behørige retsbeskyttelse kan og skal henvende sig til Retten, for hvilken de allerede har indbragt en sag — ikke er hensigtsmæssigt, men snarere »farligt« ud fra en processuel synsvinkel at besvare et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af beslutning 98/531, er det uacceptabelt, at den nationale ret alligevel skal have lov til at forelægge Domstolen det pågældende præjudicielle spørgsmål.
Om den forsinkelse, der kan opstå på grund af udelukkelsen af, at der kan forelægges et præjudicielt spørgsmål, og forpligtelsen til at afvente afgørelsen af annullationssøgsmålet, skal følgende understreges. Denne forsinkelse er ikke udtryk for retsvægring fra den nationale rets side, men for en udsættelse af den nationale sag. Sådanne udsættelser bidrager naturligvis ikke til en effektiv justitsforvaltning. De kan dog være nødvendige, især når de vedrører forholdet mellem to retsordener (fællesskabsretten og den nationale retsorden) og mellem nationale retsinstanser og Fællesskabets retsinstanser. I øvrigt omtalte Domstolen muligheden af sådanne udsættelser i Delimitis-dommen, idet den opfordrede den nationale ret til at undersøge, om det var nødvendigt at udsætte den nationale sag og foretage en midlertidig ordning af det retlige forhold mellem hovedsagens parter, mens sagen blev undersøgt inden for rammerne af den administrative procedure i Fællesskabet. Disse bemærkninger gælder også, og så meget mere, når den parallelle udvikling i sagen stiller den nationale ret over for, ikke den administrative myndighed, dvs. Kommissionen, men den kompetente retslige myndighed inden for Fællesskabets retsorden, dvs. Retten. Endelig har den udsættelse, der forårsages, ikke så stor en betydning. Selv om det fastlås, at der kan stilles et præjudicielt spørgsmål i tilfælde som det foreliggende, skal den nationale ret nemlig alligevel udsætte hovedsagen, indtil Domstolen har besvaret de præjudicielle spørgsmål. Sådanne svar gives almindeligvis hurtigere, end der træffes afgørelse i en sag, som er rejst i henhold til traktatens artikel 173. Det skal dog gentages, at jeg af de allerede omtalte grunde ikke mener, at den tidsgevinst, som kan opnås ved at gå udenom proceduren i traktatens artikel 173, berettiger en sådan løsning.

c) Hvilke generelle problemer rejser det, at gyldigheden af en fællesskabsbeslutning som den i sagen omhandlede prøves efter proceduren i traktatens artikel 177?

49. Jeg finder det nødvendigt at fremsætte nogle supplerende betragtninger for at forklare, hvorfor jeg mener, at gyldigheden af beslutninger som den i sagen omhandlede vanskeligt kan prøves inden for rammerne af en præjudiciel forelæggelse i henhold til traktatens artikel 177, når der verserer et annullationssøgsmål vedrørende den samme retsakt.

50. Jeg begynder mit ræsonnement med følgende spørgsmål. Kan en kommissionsbeslutning anses for lovlig af Domstolen, efter at denne har vurderet den inden for rammerne af den prøvelse, som den kan foretage i medfør af traktatens artikel 177, og blive annulleret af Retten, efter at denne inden for rammerne af den fulde retslige prøvelse, som denne retsinstans kan foretage, eksempelvis har konstateret en faktuel fejl? I et sådant tilfælde — dvs. hvis Retten i sin afgørelse konstaterer en fejl, som falder uden for Domstolens prøvelse — vil annullationsdommen være fuldt korrekt, selv om den står i diametral modsætning til Domstolens svar på de præjudicielle spørgsmål. Hvis dette er en gyldig hypotese, bør selve muligheden af, at der opstår en uønskelig situation som den nævnte, hvor Fællesskabets retsinstanser har truffet modstridende afgørelser, afholde Domstolen fra at prøve gyldigheden af en kommissionsbeslutning ved at besvare de præjudicielle spørgsmål, som er forelagt herom.

51. Denne risiko mener jeg er reel. Den kan, hvis Domstolen beslutter at prøve kommissionsbeslutningens gyldighed inden for rammerne af et svar på et præjudicielt spørgsmål, kun udelukkes, hvis Domstolen har mulighed for at foretage den samme retslige prøvelse, som Retten gennemfører inden for rammerne af traktatens artikel 173. Den mulighed mener jeg ikke foreligger.

52. Jeg henviser indledningsvis til forskellen mellem proceduren i traktatens artikel 177 og proceduren i dens artikel 173. I førstnævnte tilfælde foretager Domstolen en rent retslig prøvelse. Dens kompetence begrænser sig til at fortolke og vurdere lovligheden af fællesskabsinstitutionernes generelle retsakter og individuelle afgørelser[41]. Derimod kan Fællesskabets retsinstanser inden for rammerne af proceduren i traktatens artikel 173 prøve realitetsspørgsmål, såsom at konstatere og vurdere faktiske omstændigheder[42].

41 — Set fra denne synsvinkel er dens kompetence beslægtet med den ophævelseskompetence, som den har inden for rammerne af en appelsag.

42 — Desuden skal det bemærkes, at parternes stilling i annullationsproceduren efter traktatens artikel 173 er klart forskellig fra de parters stilling, der afgiver indlæg inden for rammerne af proceduren i artikel 177. De anbringender, påstande og argumenter, som parterne fremsætter i et annullationssøgsmål, påvirker udfaldet af dette, hvorimod de indlæg, som de afgiver inden for rammerne af proceduren i traktatens artikel 177, spiller en klart mindre betydningsfuld rolle.
Til det ovenstående kan føjes følgende bemærkning. Når Domstolen eller Retten skal vurdere en sags realitet inden for rammerne af traktatens artikel 173, råder den over vidtgående beføjelser med hensyn til at indhente oplysninger for at fastslå de faktiske omstændigheder. Når Domstolen derimod besvarer et præjudicielt spørgsmål, er den i princippet bundet af den beskrivelse af de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har givet i sin kendelse. Disse omstændigheder er ikke nødvendigvis de samme som dem, der ligger til grund for den fællesskabsretsakt, hvis gyldighed der er tvivl om.

53. Forskellen mellem de to procedurer har ikke nogen større praktisk betydning, når det er gyldigheden af en generel fællesskabsakt såsom en forordning eller et direktiv, der prøves retsligt. Vurderingen af sådanne retsakters lovlighed begrænser sig hovedsagelig til en ren lovlighedskontrol, hvor det er ufornødent at undersøge sådanne spørgsmål, som indgår i en fuld retslig prøvelse. Når der derimod er tale om individuelle forvaltningsakter som den, den foreliggende sag drejer sig om, må der foretages en fuld retslig prøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse.

54. Desuden har den kommissionsbeslutning, som er omhandlet i den foreliggende sag, et yderligere særtræk. Den drejer sig om, hvordan bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 skal anvendes i et konkret tilfælde. Den indebærer med andre ord komplicerede tekniske og økonomiske vurderinger, hvis rigtighed kun kan fastslås, hvis en sagkyndig retsinstans foretager en udtømmende kontrol af sagens realitet. Det er bl.a. for at opfylde dette behov, at Fællesskabets forfatningsgivere har oprettet Retten i Første Instans. Ved sin systematiske prøvelse af annullationssøgsmål mod kommissionsbeslutninger som den, den foreliggende sag drejer sig om, er det lykkedes denne retsinstans at uddybe og styrke den retslige kontrol med sådanne beslutninger og dermed at forbedre Fællesskabets retsbeskyttelsesordning [43].

55. Sammenfattende mener jeg, at man opnår en mere effektiv retslig prøvelse af individuelle forvaltningsakter som den, den foreliggende sag drejer sig om, inden for rammerne af et annullationssøgsmål for enten Domstolen eller Retten, end hvis prøvelsen sker ved besvarelse af præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i medfør af traktatens artikel 177 [44]. Det ville i øvrigt heller ikke være rimeligt at ændre karakteren af proceduren i traktatens artikel 177,

43 — Som Domstolen fremhævede i den nyligt afsagte dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 41, havde »oprettelsen af Retten i tilknytning til Domstolen og indførelsen af muligheden for behandling i to instanser... til formål at sikre en større grad af retsbeskyttelse for borgerne, navnlig i sager, hvori det er nødvendigt at foretage en indgående undersøgelse af komplicerede faktiske omstændigheder, og at opretholde kvaliteten og effektiviteten af retsbeskyttelsen inden for fællesskabsretten«.

44 — Jeg ønsker ikke med denne bemærkning at undervurdere betydningen af proceduren med en præjudiciel forelæggelse. Som påpeget af generaladvokat Jacobs i dennes forslag til afgørelse i sagen Extramet Industrie mod Rådet (dom af 16.5.1991, sag C-358/89, Sml. I, s. 2501) er der kategorier af retstvister, hvorom det på grund af deres art og særlige træk må foretrækkes, at de underkastes en retslig vurdering i form af et annullationssøgsmål — for så vidt, naturligvis, dette er processuelt muligt — frem for at de forelægges Domstolen gennem proceduren i traktatens artikel 177 (generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 21.3.1991). »En præjudiciel forelæggelse fra en national ret vedrørende en forordnings gyldighed [giver] ikke altid Domstolen en lige så god lejlighed til at behandle problemet som et direkte søgsmål mod den institution, der har udstedt forordningen« (punkt 73). Det er i det mindste hverken logisk eller retligt konsekvent at hævde, at proceduren i traktatens artikel 177 kan træde i stedet for proceduren i artikel 173 i disse særlige tilfælde.

således at den blev til en ren kopi af proceduren i artikel 173 [45].

C — *Konklusioner*

56. Ovenstående vurdering fører til følgende konklusioner.

57. Den forelæggende ret har ikke pligt til at udsætte den sag, der verserer for den og afvente afgørelsen af annullationssøgsmålet, blot fordi der er rejst sag ved Retten til prøvelse af beslutning 98/531. Den har dog pligt dertil, hvis løsningen af tvisten i hovedsagen kræver, at den nationale ret ved, om beslutningen er gyldig eller ej, for så vidt dette spørgsmål af de ovenfor omtalte grunde ikke kan forelægges Domstolen inden for rammerne af proceduren i traktatens artikel 177. Under alle omstændigheder bør den forelæggende ret eller den ret, hvortil sagen eventuelt henvises for at afgøre dens realitet, undgå at afsige en dom, der strider imod beslutning 98/531, medmindre Fællesskabets retsinstanser har annulleret beslutningen [46].

58. Nu hvor dette er slået fast, skal det overvejes, om, og givet fald hvordan, det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål skal besvares. Jeg finder det sandsynligt, at Supreme Court ikke vil kunne afgøre den

45 — Hvis Domstolen — rent hypotetisk — fungerede som kassationsdomstol i forbindelse med besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål, ville det sætte spørgsmålstegn ved selve Rettens eksistens. Hvis en part nemlig kunne henvende sig direkte til Domstolen i henhold til traktatens artikel 177 og opnå en retslig prøvelse af samme udstrækning som den, der kunne have været opnået ved Retten, ville denne part naturligvis foretrække at gå udenom proceduren i traktatens artikel 173 og dermed undgå risikoen for, at annullationsdommen blev appelleret.
Jeg skal ikke opholde mig yderligere ved ovenstående argumenter, hvoraf det efter min opfattelse under alle omstændigheder kan udledes, at Domstolen generelt bør undersøge, om det er hensigtsmæssigt at besvare et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden af en kommissionsbeslutning om anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 i en given sag, når der er rejst annullationssøgsmål mod den samme beslutning ved Retten. Som nævnt ovenfor kan en vurdering af EF-forvaltningsakters gyldighed inden for rammerne af denne procedure — trods de eventuelle mangler ved en retslig prøvelse i form af et svar på et præjudicielt spørgsmål — være den eneste form for retsbeskyttelse for personer, som ikke i medfør af traktatens artikel 173 har adgang til direkte at rejse sag til prøvelse af retsakten for Retten.
Jeg mener dog ikke, det er nødvendigt at løse dette vanskelige problem i den foreliggende sag. Dennes særlige beskaffenhed, der skyldes de konkrete parters identitet i hovedsagen, er tilstrækkelig begrundelse for mit standpunkt, nemlig at Supreme Court ikke kan rejse spørgsmålet om gyldigheden af beslutning 98/531 over for Domstolen.

46 — Følgende spørgsmål melder sig: Er den irske domstol kun afskåret fra at rejse spørgsmålet om gyldigheden af beslutning 98/531, mens annullationssøgsmålet for Retten verserer, eller skal den også afvente, at appelsagen afgøres? Hvad dette angår må der drages følgende sondring: Hvis HB eller Masterfoods ikke appellerer Rettens dom, kan dennes rigtighed ikke anfægtes under den nationale sag. I medfør af TWD Textilwerke Deggendorf-dommen (jf. fodnote 33) ville det ikke være processuelt korrekt, om en af parterne i sagen for Retten, som ikke havde mulighed for iværksætte appel, indirekte kunne anfægte dommen i første instans for de nationale retsinstanser.
Hvis den i første instans afsagte dom derimod er blevet appelleret, vil en præjudiciel forelæggelse fra den irske domstols side, der drager Rettens opfattelse i tvivl, frembyde færre praktiske problemer. Jeg har tidligere nævnt, at der er lighedspunkter mellem et svar på et præjudicielt spørgsmål og en appelsag med hensyn til den retslige prøvelses udstrækning og indhold. Domstolen kan under visse omstændigheder afgøre begge sager samtidig. Dog må man af de allerede omtalte grunde på ny sporge, om det ville være rigtigt at tillade HB og Masterfoods dels at appellere Rettens dom, dels at anfægte dommens korrekthed inden for rammerne af et præjudicielt spørgsmål forelagt af den irske domstol.
Jeg foretrækker dog på indeværende stadium ikke at forsøge at løse dette specielle problem, dvs. om den irske domstol kan forelægge præjudicielle spørgsmål, mens der verserer en appelsag.

sag, som er indbragt for den, før det annullationssøgsmål, der verserer for Retten, er afgjort. Det synes nemlig at være en forudsætning for at kunne løse tvisten i hovedsagen, at der er taget stilling til, om beslutning 98/531 er gyldig. Hvis det rent faktisk forholder sig således, er det ufornødent at besvare disse to præjudicielle spørgsmål. Da Domstolen ikke skal tage stilling til spørgsmålet om gyldigheden af beslutning 98/531, som — af de ovenfor angivne grunde — ikke kan rejses af den forelæggende ret, er det ikke nødvendigt for at afgøre tvisten i hovedsagen, at spørgsmålene er besvaret.

59. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at Supreme Court har forelagt de omhandlede spørgsmål for at opnå en vurdering af, om præmisserne for High Court's dom i første instans er korrekte udelukkende på basis af de faktiske og retlige omstændigheder, på grundlag af hvilke den blev afsagt. Det kan i øvrigt være årsagen til, at de eneste faktiske omstændigheder, der er blevet meddelt Domstolen i forelæggelseskendelsen, er dem, som High Court slog fast i første instans. Dette specielle aspekt af sagen mener jeg kan prøves i det foreliggende tilfælde i forbindelse med besvarelsen af det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål. Jeg påtænker naturligvis ikke at vurdere rigtigheden af indholdet af beslutning 98/531 eller at tage hensyn til anbringender, som er gjort gældende over for denne beslutning.

V — Det andet præjudicielle spørgsmål

60. Det andet præjudicielle spørgsmål drejer sig om, hvorvidt eksklusivitetsklausulerne er forenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86.

A — *Prisen på is og de omtvistede aftalers forenelighed med bestemmelserne i traktatens artikel 86*

61. Inden jeg behandler argumentationen i de partsindlæg, som er afgivet i denne sag, finder jeg det nødvendigt at pege på følgende problematik, som den svenske regering har bragt på bane.

62. Følgende fremgår af de faktiske omstændigheder, som blev konstateret af den irske ret i første instans. På det tidspunkt, der er relevant for tvisten, og som den retslige prøvelse drejede sig om, var HB's salgspriser for is til detailhandlerne enhedspriser, der ikke tog hensyn til, om detailhandlerne havde indgået en aftale med HB om tilrådighedsstillelse af frysere. Ud over isens pris må salgsprisen for isen derfor anses for at have omfattet prisen på fryseren og de med dennes vedligeholdelse forbundne omkostninger. Når dette lægges til grund, indebar HB's politik med fakturering af en samlet pris, sammen med forpligtelsen til at overholde den omtvistede eksklusivitetsklausul om anvendelsen af fryserne, en forskelsbehandling af detailhandlerne. De detailhandlere, der havde egne frysere, blev pålagt at betale for en ydelse, som de ikke modtog. Desuden blev omkostningerne ved at stille HB's frysere til

rådighed for de øvrige detailhandlere uden modydelse (eller mod en symbolsk modydelse) væltet over på dem.

63. I betragtning af den dominerende stilling, som HB indtog på markedet [47], mener jeg, at denne adfærd fra selskabets side — stadig under forudsætning af, at dette er en korrekt beskrivelse af de faktiske omstændigheder — udgjorde en overtrædelse af traktatens artikel 86, litra c). I denne bestemmelse betegnes »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen,« [48] som misbrug af en dominerende stilling. I det foreliggende tilfælde stilles detailhandlere, som hverken ønsker at få frysere stillet til rådighed af HB eller at underkaste sig eksklusivitetsklausulen, klart ufordelagtigt i konkurrencen i forhold til detailhandlere, som indgår aftale med HB om at få frysere stillet til rådighed [49]. Denne konklusion kom i øvrigt også Kommissionen frem til i den meddelelse af klagepunkter, som den tilsendte HB i 1993. Selv HB synes indirekte at have erkendt, at selskabets forretningspolitik var i strid med konkurrencereglerne, idet det i 1995 ændrede sin adfærd ved at indføre en differentieret faktureringsordning, hvori der tages hensyn til, om HB ud over at levere is stiller frysere til rådighed for detailhandleren [50].

64. HB's ovenfor omtalte misbrug af en dominerende stilling udgør følgelig en overtrædelse af traktatens artikel 86, hvis den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater [51]. Desuden var eksklusivitetsklausulerne sammen med politikken med enheds-

47 — Jf. punkt 90 ff. nedenfor.

48 — Domstolen behandler normalt sager, hvor forskelsbehandlingen består i, at der er fastsat forskellige priser for det samme produkt eller den samme tjenesteydelse. Jf. f.eks. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461. I den foreliggende sag er der tale om det stik modsatte: Der gælder den samme pris i forskellige situationer, således at én gruppe handelspartnere begunstiges på bekostning af en anden.

49 — Der er med andre ord tale om et misbrug fra HB's side, der skaber en situation med illoyal konkurrence. Denne konstatering mener jeg er tilstrækkelig til at anse HB's adfærd for at udgøre en overtrædelse af traktatens artikel 86, uden at det er fornødent også at undersøge, om afskærmningen af markedet har begrænset den frie konkurrence.

50 — HB tilbagebetaler de detailhandlere, som selskabet ikke har stillet frysere til rådighed for, et fast beløb, der skal svare til den købspris og de vedligeholdelsesomkostninger, som HB har sparet, fordi selskabet ikke har stillet frysere til rådighed.

51 — Det skal nævnes, at det er en betingelse for at anvende traktatens artikel 86, som i reglen fortolkes bredt i den juridiske litteratur og i retspraksis, at der foreligger en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater. Påvirkningen behøver ikke at være mærkbar, direkte eller faktisk; det er tilstrækkeligt, at den er indirekte eller potentiel (dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429, og af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen, Sml. s. 223).
I den foreliggende sag skal der gøres følgende bemærkninger. Hvis det i overensstemmelse med det ovenfor anførte konstateres, at HB's adfærd udgør et misbrug, forekommer følgende situation på markedet: På grund af HB's dominerende stilling køber størstedelen af de irske detailhandlere is hos dette selskab, uanset om de også får frysere stillet til rådighed af det. De pågældende detailhandlere falder i to grupper. En gruppe, som er bundet af eksklusivitetsklausulen, og som derfor ikke kan købe og opbevare is fra andre, inden- eller udenlandske, producenter end HB; disse detailhandlere har en konkurrencefordel på grund af HB's misbrug. En anden gruppe, som ud over is fra HB også kunne købe lignende produkter hos andre, inden- eller udenlandske, producenter; disse detailhandlere er stillet ufordelagtigt i konkurrencen i forhold til de førstnævnte.
Ved sin adfærd opnår HB således følgende: For det første handler selskabet på grund af sin dominerende stilling med størstedelen af de irske detailhandlere. For det andet stiller det de detailhandlere, som handler med det, og som også kunne have købt is hos andre, inden- eller udenlandske, producenter, konkurrencemæssigt ugunstigt. På den måde forhindrer HB udenlandske leverandører i at komme ind på det irske marked for impulsis. Sidstnævnte konstatering er efter min opfattelse tilstrækkelig til at gøre gældende, at HB's politik, der består i dels at sælge is til enhedspriser, dels at pålægge en eksklusivitetsklausul vedrørende de frysere, som selskabet stiller til rådighed, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

priser for isene i strid med den nævnte fællesskabsbestemmelse, og de kunne ikke kræves overholdt ad retslig vej.

a) Delimitis-dommen

66. Jeg behandler det foreliggende spørgsmål i overensstemmelse med den juridiske argumentation, der blev fulgt i den tidligere nævnte dom i Delimitis-sagen [53].

B — *De omtvistede eksklusivitetsklausuler og traktatens artikel 85, stk. 1*

65. Domstolen er blevet anmodet om at tage stilling til, om en række eksklusivitetsklausuler udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1 [52].

67. Domstolen fastslog, at eksklusivaftaler, som både leverandøren og detailhandleren har fordel af, ikke i sig selv er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler. Det bør dog »undersøges, om de ikke medfører, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes« [54]. Bedømmelsen af en sådan aftale skal ske ud fra »den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen optræder, og hvori den sammen med andre forhold kan medvirke til en samlet påvirkning af konkurrencen«. Denne samlede påvirkning udgør kun »et forhold blandt flere« ved bedømmelsen af, om konkurrencen er blevet udsat for påvirkning, og hvilke følger dette har for handelen mellem medlemsstaterne.

68. For at vurdere en aftales og et kompleks af indbyrdes sammenlignelige aftalers samlede påvirkning må man først afgrænse det relevante marked. Derpå må, når der er tale om flere eksklusivaftaler, disses »art og omfang undersøges som helhed«, for at det kan afgøres, om deres tilstedeværelse påvirker adgangen til det således afgrænsede

52 — Det særlige ved den foreliggende sag består i, at eksklusivitetsklausulen ikke vedrører leveringen af det omtvistede produkt (HB forbyder ikke, at detailhandlerne køber is af andre mærker), men anvendelsen af den fryser, hvori produktet opbevares (HB forbyder, at der opbevares produkter af andre mærker i selskabets frysere). Hvis, som tidligere nævnt, de omtvistede aftaler har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på ismarkedet, og de kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, er de forbudt ifølge traktatens artikel 85, stk. 1.
At der en forbindelse mellem aftalerne om eksklusiv anvendelse af fryserne, der benyttes til opbevaring af is, og de konkurrencebetingelser, der råder på det samme ismarked, fremgår af dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen (dom af 8.6.1995, sag T-7/93, Sml. II, s. 1533). I denne dom undersøgte Retten lovligheden af en kommissionsbeslutning om foreneligheden med artikel 85 af en række eksklusive købsaftaler mellem isproducenter og detailhandlere, der solgte konsumis »på offentlige steder«. I sin undersøgelse af, om der ud over aftalerne var andre væsentlige faktorer, der bidrog til afskærmningen af markedet, konstaterede Kommissionen, at nye konkurrenters adgang til markedet var blevet vanskeliggjort ved, at der fandtes en låneordning, der omfattede et stort antal frysekummer, som blev stillet til rådighed for detailhandlerne på den betingelse, at disse forpligtede sig til udelukkende at benytte dem til leverandørens varer. Retten fandt, at »Kommissionen med rette har lagt til grund, at der herved er tale om en omstændighed, der er med til at vanskeliggøre adgangen til markedet. Ordningen medfører nemlig nødvendigvis, at enhver ny konkurrent, der går ind på markedet, enten skal overbevise detailhandleren om at skifte den af sagsøgeren opstillede frysekumme ud med en anden, hvilket indebærer et afkald på den omsætning, der skabes med den tidligere leverandørs produkter, eller få detailhandleren til at acceptere, at der opstilles yderligere en frysekumme, hvilket kan vise sig at være umuligt, navnlig på grund af pladsmangel hos de små salgssteder« (præmis 108).

53 — Denne dom drejede sig om eksklusivaftaler om levering af øl, som var indgået mellem en leverandør (et bryggeri) og en videreforhandler (restauration eller café). Førstnævnte ydede sidstnævnte en række finansielle og økonomiske fordele, såsom lån på gunstige betingelser, bortforpagtning af lokaler og tilrådighedsstillelse af inventar. Sidstnævnte forpligtede sig til udelukkende at købe øl hos førstnævnte og til ikke at sælge konkurrerende produkter i sin virksomhed.

54 — Delimitis-dommen, jf. fodnote 3, præmis 13.

marked. Hvor meget aftalerne betyder for adgangen til markedet afhænger navnlig af, hvor mange salgssteder der er bundet af eksklusivaftalerne i forhold til antallet af ikke-bundne restaurationer, af de indgåede forpligtelsers varighed, og af, hvor store mængder de »bundne salgssteder« sælger af det pågældende produkt i forhold til de mængder, som de ikke-bundne videreforhandlere sælger [55]. Domstolen anførte, at »forekomsten af en række lignende [eksklusiv]aftaler [56]... imidlertid — selv om mulighederne for at få adgang til markedet påvirkes væsentligt — ikke i sig selv [kan] anses for tilstrækkelig til at fastslå, at det relevante marked er utilgængeligt, da dette kun er én omstændighed blandt flere i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalen bør bedømmes« [57].

69. Domstolen understregede endvidere, at det skal undersøges, »om en ny konkurrent ... har realistiske og konkrete muligheder for at indgå i aftalekomplekset« [58].

70. Hvis det fremgår af denne undersøgelse, at det omtvistede aftalekompleks som en »samlet påvirkning« af konkurrencen bevirker, at nye inden- og udenlandske konkurrenter hindres adgang til markedet, må de erhvervsdrivende, som »i væsentligt omfang bidrager hertil« [59], bære ansvaret for denne afskærmning og for tilsidesættelsen af forbuddene i artikel 85, stk. 1. Ved behandlingen af dette sidstnævnte spørgsmål — dvs. i hvilket omfang visse eksklusivaftaler bidrager til den samlede afskærmning af markedet — skal der tages hensyn til »aftaleparternes stilling på markedet« [60]. Denne bestemmes på grundlag af leverandørens andel af markedet ud fra, hvor mange salgssteder han kontrollerer i forhold til det samlede antal salgssteder, og hvor lang varighed de pågældende eksklusivaftaler har.

71. Sammenfattende er en eksklusivaftale forbudt, når det kan konstateres, for det første, at den samlede virkning af komplekset af indbyrdes sammenlignelige aftaler er at afskærme markedet — også under hensyn til den mere generelle økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalerne anvendes — og, for det andet, at eksklusivaftalerne i væsentligt omfang bidrager hertil.

b) Anvendelse af Delimitis-dommen på den foreliggende sag

72. Først skal arten og betydningen af samtlige de fryseraftaler med en eksklusivi-

55 — Delimitis-dommen, præmis 19.

56 — 'Eksklusiv-' tilføjet af mig.

57 — Delimitis-dommen, jf. fodnote 3, præmis 20.

58 — Delimitis-dommen, præmis 21. Domstolen nævner kriterier såsom, for det første, bestemmelser og aftaler vedrørende erhvervelse af selskaber og etablering af salgssteder, for det andet, det mindste antal salgssteder, der er nødvendigt for, at distributionssystemet er rentabelt, for det tredje, tilstedeværelsen af uafhængige grossister og distributionssystemer samt, for det fjerde, konkurrencebetingelserne på det relevante marked. Hvad sidstnævnte kriterium angår betragter Domstolen antallet og størrelsen af de producenter, der er på markedet, dettes mætningsgrad samt forbrugernes loyalitet over for eksisterende mærker som bestemmende faktorer.

59 — Delimitis-dommen, jf. fodnote 3, præmis 24.

60 — Delimitis-dommen, præmis 25.

tetsklausul, som er indgået med selskaber, der leverer is til detailhandlerne, undersøges [61]. Sådanne aftaler er almindelige i Irland. De udgør ikke i sig selv en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, men de kan begrænse konkurrencen, da de udelukker andre konkurrenters produkter fra visse salgssteder.

73. Det må først afklares, hvad der karakteriserer salgsstederne. Det fremgår af High Court's konstateringer i den dom, som er blevet appelleret til Supreme Court, at detailhandlere udgør størstedelen af salgsstederne [62]. De tegner sig desuden for størstedelen af salget. Endvidere råder en meget lille del af detailhandlerne over egne frysere, dvs. frysere, hvori de kan opbevare is af forskellige mærker [63]. Det store flertal af detailhandlere råder kun over én eller to frysere, som er beregnet til udelukkende at blive anvendt af én leverandør. Forklaringen på det begrænsede antal frysere er tilsyneladende pladsmangel i detailhandlernes butikker og manglende økonomisk interesse hos detailhandlerne. De forventer ikke at opnå en væsentlig forøgelse af fortjenesten, hvis de anskaffer yderligere en fryser, selv om dette ville være praktisk muligt [64]. Ifølge den forelæggende rets oplysninger kontrollerer HB ca. 12 000 af de ca. 18 000 frysere, der findes på det pågældende marked. Den irske ret i første instans har beregnet, at omkring 80% af de frysere, der befinder sig i små detailforretninger, kontrolleres af HB.

74. Jeg mener, at aftalerne om at stille frysere til rådighed for detailhandlerne mærkbart påvirker nye konkurrenters muligheder for at komme ind på markedet. Da der ikke er nogen eller kun ringe sandsynlighed for, at en detailhandler kan overbevises om, at han skal udskifte en eksisterende fryser eller installere endnu en (som tilhører ham eller en anden varemærkeindehaver), er der al mulig grund til at tro, at de salgssteder, som en leverandør kontrollerer ved hjælp af eksklusivitetsklausuler, de facto er bundet til denne leverandør. Da der er langt flere salgssteder, som er omfattet af en fryseraftale med en eksklusivitetsklausul, end salgssteder, som råder over »frie frysere«, står det klart, at størstedelen af salgsstederne i Irland de facto er bundet til én leverandør.

61 — Den vigtigste opgave for den, der skal anvende bestemmelserne, er at definere produktmarkedet og det geografiske marked. Det fremgår af formuleringen af det andet præjudicielle spørgsmål, at den forelæggende ret synes at mene, at det relevante marked er markedet for impulsis i enkeltportioner i Irland.

62 — Der er navnlig tale om mindre købmandsforretninger, kiosker og benzinstationer. De repræsenterer ca. 9 000 af i alt 10 279 salgssteder (ifølge en markedsundersøgelse gennemført i 1990).

63 — Den vigtigste grund til, at der kun er få fryserejere, er købs- og vedligeholdelsesomkostningerne, og at der er mulighed for at erhverve en fryser hos en isproducent, selv om dette forudsætter accept af en eksklusivitetsklausul.

64 — I den forbindelse bør det også undersøges, i hvilken udstrækning det omhandlede marked er mættet med frysere. Hvis der således allerede er installeret et på det nærmeste maksimalt antal frysere, kan det ikke forventes, at detailhandlerne er interesserede i at installere flere frysere i deres butikker.

75. HB har en yderligere fordel på grund af den stilling, selskabet indtager på markedet. HB er den isproducent, som har det største produktsortiment, og som er mest populær. Når detailhandlerne — der som nævnt normalt ikke råder over egne frysere — beslutter sig til at sælge is, har de derfor al mulig interesse i at henvende sig til HB, idet HB i kraft af sin stilling på markedet må formodes at sikre dem en større omsætning. Af samme grund er det praktisk talt umuligt for dem at afstå fra at benytte HB's frysere til fordel for frysere, der kun må anvendes til et andet varemærke. Endelig kan detailhandlerne ikke forvente en mærkbart højere fortjeneste ved at anskaffe yderligere en fryser med henblik på også at sælge is af et andet mærke. HB's is vil fortsat repræsentere størsteparten af butikkens salg. Disse oplysninger bekræftes også af den irske ret i første instans.

76. Med hensyn til nye konkurrenters mulighed for at få adgang til det eksisterende distributionsnet og dermed til det relevante marked har HB fremført en række argumenter for at vise, at den samlede påvirkning af de omtvistede aftaler ikke fører til, at nye konkurrenter hindres i at komme ind på markedet. HB har gjort gældende, at en korrekt anvendelse af artikel 85, stk. 1, på den foreliggende sag forudsætter, at det bestemmes, hvilke »mindsteforudsætninger« der skal være opfyldt, for at nye konkurrenter kan komme ind på markedet. Såfremt disse mindsteforudsætninger er opfyldt i det aktuelle tilfælde, er de omtvistede eksklusivitetsklausuler ikke i strid med Fællesskabets konkurrenceregler.

77. Jeg er ikke uenig i dette ræsonnement. Hvor mange salgssteder, der de facto er bundet som følge af eksklusivitetsklausulerne vedrørende frysernes anvendelse, er imidlertid et væsentligt indicium — som det tilkommer den forelæggende ret at kontrollere — for, at den konkurrencebegrænsning, som aftalesystemet fører til, er så alvorlig, at de nødvendige (mindste)forudsætninger for adgang til markedet ikke er til stede. Det rokker ikke ved denne konstatering, at det på trods af begrænsningerne er lykkedes nogle konkurrenter, såsom Mars, at erobre en beskeden markedsandel. Endvidere kan det ikke med føje gøres gældende — sådan som HB har forsøgt at gøre — at en ny isleverandør for at komme ind på det irske marked skal etablere sin egen »fryserpark« for at sikre sig kontrol over visse salgssteder. HB synes på denne måde at forsvare de yderligere restriktioner på markedet ved at fremstille dem som en betingelse for at liberalisere dette. Det skal understreges, at det relevante marked er markedet for levering af impulsis og ikke et enkelt marked for levering af is og frysere [65]. Endelig har HB med rette anført, at eksklusivitetsklausulerne ikke kan anses for at bidrage til at afskærme markedet på en måde, der strider

65 — Hvis konkurrencereglerne anvendes korrekt, tillader de ikke, at isproducenterne tvinges til at stille frysere til rådighed, for at de kan drive virksomhed på markedet for is. Konkurrencen mellem mærker må ikke erstattes af en konkurrence om adgang til detailforretningerne.

imod Fællesskabets konkurrenceregler, hvis nye isleverandører kan benytte andre metoder til at konsolidere deres stilling på markedet. Det ses imidlertid ikke, at der findes en sådan mulighed på det irske ismarked [66], og dette spørgsmål henhører under alle omstændigheder under den forelæggende rets kompetence [67].

78. Det fremgår af denne vurdering — for så vidt de ovenfor bedømte faktiske og retlige omstændigheder er rigtige — at den samlede påvirkning af systemet af fryseraftaler med en eksklusivitetsklausul, som er indgået mellem isleverandører og detailhandlere i Irland, resulterer i en fordrejning af betingelserne for en sund konkurrence på det relevante marked og en afskærmning af dette. Systemet med eksklusivitetsklausuler, således som det fungerer i det foreliggende tilfælde, synes at give leverandøren med den største markedsandel en uforholdsmæssigt stor fordel, at gøre det praktisk talt umuligt for nye leverandører (især små og mellemstore leverandører, dvs. sådanne, som ikke har et stort produktsortiment, og som ikke er i stand til at bære omkostningerne ved at oprette et net af frysere) at komme ind på markedet og i sidste instans at skade forbrugerne, idet det ikke fremmer konkurrence på produkternes kvalitet og pris. Jeg bestrider ikke, at systemet på en vis måde kan anses for at tjene de parters interesser, som har indgået fryseraftalerne, og at det kan have en positiv virkning på markedet [68]. Men selv hvis dette er tilfældet, ophæver det ikke de negative og destruktive følger for den frie konkurrence, der opstår ved en afskærmning af markedet.

79. Tilbage står at undersøge, om den de minimis-regel, som blev fastslået i Delimitis-dommen, finder anvendelse, dvs. om aftalerne om HB's frysere »i væsentligt omfang bidrager« [69] til at fremkalde de ovenfor omtalte negative virkninger for markedet. Dette mener jeg, at der må svares bekræftende på, i det mindste hvis man lægger de faktiske omstændigheder, der beskrives i dommen i første instans, til grund. HB er part i langt størstedelen af aftalerne. Selskabet fremstår som den uomtvisteligt største leverandør på markedet. Denne stilling har det konsolideret gennem

66 — Ifølge Delimitis-dommen kan andre måder til at få adgang til markedet på bestå i oprettelsen af nye salgssteder, i et rentabelt distributionssystem og i anvendelse af et eksisterende net af uafhængige mellemhandlere. Det fremgår imidlertid ikke af sagens akter, at der findes en uafhængig en gros-sektor for impulsis i Irland, der ville gøre det muligt for nye leverandører at distribuere deres produkter. Hvis det relevante marked desuden reelt er mættet med hensyn til antallet af salgssteder og antallet af installerede frysere, står det klart, at der er særdeles få alternative løsninger til rådighed for (navnlig små og mellemstore) nye erhvervsdrivende. Jeg mener ikke, at den løsning, som HB har foreslået, nemlig opkøb af andre virksomheder, der råder over et allerede etableret distributionsnet, kan betragtes som et alternativ. Selv om denne mulighed fandtes, ville de omkostninger, der ville være forbundet med at komme ind på markedet, højst sandsynligt afholde interesserede erhvervsdrivende fra at benytte den. Desuden ville det ikke kunne anses for foreneligt med Fællesskabets konkurrenceregler, at de allerede etablerede erhvervsdrivende havde lov til at lukke markedet på en sådan måde, at en ny konkurrents eneste mulighed for at få adgang til det var at købe en af de eksisterende konkurrenter. Hvis dette var tilfældet, ville der ikke være fri konkurrence.
Det måtte også undersøges, om de eksisterende isleverandørers dominerende stilling og deres omdømme hos forbrugerne udgør en uoverstigelig hindring for nye konkurrenter.

67 — Den forelæggende ret skal undersøge dette spørgsmål på baggrund af præmis 21 i Delimitis-dommen, jf. fodnote 3.

68 — Jf. punkt 85 ff. nedenfor.

69 — Delimitis-dommen, jf. fodnote 3, præmis 24.

lang tid. Det råder over det største frysernet og sælger i kraft af dette net sine produkter på størstedelen af salgsstederne. Lad mig gentage, at den irske ret i første instans har vurderet, at to tredjedele af de frysere, som er opstillet på salgsstederne i Irland, er leveret af HB i henhold til eksklusivaftaler, og at 80% af detailforretningerne de facto er bundet til HB.

80. HB's indvendinger rejser ikke tvivl om disse konstateringer.

81. HB har for det første henvist til det kriterium om eksklusivitetsklausulers varighed, som Domstolen anvendte i Delimitis-dommen. Selskabet har gjort gældende, at detailhandlerne — i modsætning til den situation, der lå til grund for dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen [70] — frit har indgået de omtvistede aftaler om eksklusiv anvendelse af fryserne, og at det står dem frit at opsige dem uden at skulle opfylde yderligere forpligtelser over for HB. Denne omstændighed taler — efter HB's opfattelse — for, at aftalerne er forenelige med traktatens artikel 85, stk. 1.

82. Dette synspunkt er jeg ikke enig i. Aftalernes reelle varighed bør under alle omstændigheder undersøges. Hvis aftalernes gennemsnitlige varighed er lang, og det kan konstateres, at detailhandlerne er utilbøjelige til at opsige dem med kort varsel, kan det ikke hævdes, at adgangen til »frit« at opsige dem er tilstrækkelig til, at de ikke kan anses for at medføre en afskærmning af markedet, som er i strid med artikel 85, stk. 1.

83. Endvidere har HB gjort gældende, at der med henblik på en korrekt bestemmelse af, hvordan selskabets aftaler bidrager til at afskærme markedet, må foretages følgende sondring. Detailhandlere, der kun råder over én eller flere HB-frysere, og som af rent forretningsmæssige grunde ikke er interesserede i at sælge is af andre mærker, navnlig på grund af den ringe forbrugerefterspørgsel efter andre end HB-is, bør ikke medregnes i det samlede antal salgssteder, som ikke er omfattet af den frie konkurrence, fordi de de facto er bundet til HB.

84. Dette ræsonnement, som High Court i det væsentlige synes at have baseret sig på, kan jeg ikke tiltræde. En konkurrencebegrænsende aftales virkninger må vurderes objektivt, uafhængigt af grundene til, at de kontraherende parter indgår den. Det forhold, at tredjemand i vidt omfang er udelukket fra markedet, kan i princippet udgøre en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, selv om den detailhandler,

70 — Jf. fodnote 52.

der accepterer eksklusivitetsklausulen, på et givet tidspunkt tilkendegiver, at han ikke er interesseret i at få flere leverandører. For at bestemme de omtvistede fryseraftalers konkurrencebegrænsende virkninger korrekt må man følgelig, under hensyn til ovenstående fremstilling, anse alle de salgssteder, som kun råder over HB-frysere, og som derfor ikke sælger is af andre mærker, for at være afhængige af HB.

c) De omtvistede eksklusivitetsklausulers objektive berettigelse

85. HB har hævdet, at de omtvistede klausuler kun begrænser konkurrencen i ubetydeligt omfang og på en fuldstændig lovlig måde, eftersom begrænsningen er objektivt berettiget. HB har i den forbindelse påberåbt sig Pronuptia-dommen [71] og teorien om, at visse aftalte foranstaltninger er objektivt berettigede og derfor ikke omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1.

86. Nærmere bestemt har HB gjort gældende, at de aftaler, hvorved selskabet, uden at få nogen direkte modydelse, giver detailhandlerne ret til at anvende fryserne og påtager sig vedligeholdelsen af dem, er fordelagtige for både selskabet og de detailhandlere, som slutter aftale med det. F.eks. gør aftalerne det muligt at mindske de samlede omkostninger ved issalget [72], at forbedre distributionen af produkterne [73] og at øge antallet af salgssteder, hvor de udbydes [74].

87. Endvidere har HB påstået, at aftalernes eksklusivitetsklausul er nødvendig for, at systemet kan fungere, og at den kun indebærer ubetydelige og lovlige konkurrencebegrænsninger. Ifølge HB ville det skade den hensigtsmæssige organisering af impulsismarkedet og den tilfredsstillende distribution af produkterne, hvis klausulen ikke eksisterede. Klausulerne gør det muligt for leverandørerne at sikre bedre adgang til deres produkter og giver dem en vis margen til at bære omkostningerne ved fryserne, idet de kan forvente en større omsætning. De betyder bedre muligheder for at overvåge de sundheds- og opbevaringsmæssige forhold, letter den almindelige reklamering for og markedsføring af produkterne og beskytter leverandørerne mod misbrug fra konkurrenternes side [75]. Samtidig bevarer leverandørerne ejendomsretten til fryserne.

71 — Dom af 28.1.1986, sag 161/84, Sml. s. 353.

72 — Detailhandlerne undgår den betydelige udgift, som købet og vedligeholdelsen af en fryser ville have påført dem. HB køber som datterselskab af Unilever frysere en gros hos producenterne til priser, som er klart mere fordelagtige end dem, som enkeltstående købere kan opnå. Desuden forenkler det handelen, at frysere og is ikke faktureres særskilt.

73 — HB kan bedre kontrollere de betingelser, hvorunder selskabets produkter distribueres og opbevares, og opnår en bedre markedsdækning i geografisk forstand.

74 — Mange detailhandlere ønsker ikke at påtage sig den forretningsmæssige risiko, som er forbundet med at købe eller leje og vedligeholde frysere til is, på grund af den marginale karakter af denne aktivitet. HB har hævdet, at den gratis tilrådighedsstillelse og vedligeholdelse af frysere i mange tilfælde er den eneste måde til at opnå, at der kan købes is på bestemte salgssteder.

75 — Disse ville have en uretmæssig konkurrencefordel, hvis de kunne benytte HB's frysere i forbindelse med deres salg af is.

Ifølge HB opnås alt dette uden en uforholdsmæssig begrænsning af konkurrencen.

88. Jeg har følgende kommentarer til denne argumentation.

For det første vil jeg gerne slå fast, at kriteriet om objektiv berettigelse er vanskeligt at fortolke og anvende i praksis. Man kan desuden have sine tvivl om, hvorvidt det er egnet til at fortolke Fællesskabets konkurrenceregler [76]. Det er imidlertid ikke helt fraværende i Domstolens praksis [77].

For det andet forekommer eksklusivitetsklausulen i det foreliggende tilfælde — i modsætning til det tilfælde, som Domstolen behandlede i Pronuptia-sagen — ikke at være en objektivt nødvendig forudsætning for, at et system, som det er fuldt berettiget at bevare uændret, kan fungere. På den ene side medgiver jeg, at aftalerne om at stille frysere til rådighed for detailhandlerne frembyder fordele for parterne og for forbrugerne. Det er dog ikke ensbetydende med, at det irske impulsismarkeds eksistens og funktion er afhængig af disse klausuler [78]. På den anden side — og det er det væsentligste — er den eksklusivitetsklausul, der knytter sig til tilrådighedsstillelsen af en fryser, ikke en absolut forudsætning for, at fryseraftalen kan indgås. På trods af HB's påstande om det modsatte er der intet bevis for, at et af isproducenterne etableret distributionsnet, inden for hvis rammer der stilles frysere til rådighed for detailhandlerne, kun kan eksistere, hvis der stilles en fryser gratis til rådighed, hvortil der er knyttet en eksklusivitetsklausul om anvendelsen [79].

76 — I punkt 45 i mit forslag til afgørelse af 15.7.1997 i sagen Montecatini mod Kommissionen (dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Sml. I, s. 4539) udtrykte jeg skepsis med hensyn til, om det var muligt at overføre »rule of reason«-princippet, som er af amerikansk oprindelse, til fællesskabsretten, navnlig i forbindelse med anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1.

77 — Ud over Pronuptia-dommen, jf. fodnote 71, henviser jeg til mit forslag til afgørelse i sagen Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen (dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Sml. s. 3271), hvori jeg henviste til kriteriet om objektiv berettigelse i forbindelse med kontrollen med statsstøtte. Jf. også dom af 8.6.1982, sag 258/78, Nungesser mod Kommissionen, Sml. s. 2015, og af 6.10.1982, sag 262/81, Coditel m.fl. (II), Sml. s. 3381.

78 — Dette fremgår ligeledes af, at HB også er i stand til med held at afsætte sine produkter til salgssteder uden HB-frysere.

79 — Der er intet bevis for, at den nuværende praksis er nødvendig for, at det irske isdistributionsnet kan fungere. Det kan ikke udledes af HB's argumenter, at en afskaffelse af eksklusivitetsklausulen for anvendelse af fryserne vil forstyrre situationen i en sådan grad, at det ikke længere vil være muligt at slutte fryseraftaler med detailhandlerne, og at markedet på grund af distributionssystemets sammenbrud og tabet af salgssteder vil blive påvirket i en sådan grad, at det ikke kan genoprettes. Årsagsforbindelsen mellem en afskaffelse af eksklusivitetsklausulen og et sammenbrud af systemet er ikke blevet godtgjort i fornødent omfang.
Hvad beskyttelsen af HB's ejendomsret til fryserne angår skal det bemærkes, at det ikke er den eneste måde at nå dette mål på at stille frysere til rådighed uden modydelse og at kræve accept af en eksklusivitetsklausul. Denne fremgangsmåde beror på et forretningsmæssigt begrundet valg fra HB's side. Man kan forestille sig andre måder at afskrive investeringen i fryserne på end at lægge frysernes pris til isenes. At pålægge detailhandlerne en bestemt leje for benyttelsen af fryserne er en af de mulige losninger (jf. punkt 105 ff. nedenfor).
Denne losning kunne føre til, at nogle detailhandlere afstod fra at sælge is. Hvor mange salgssteder der ville gå tabt, er imidlertid på ingen måde sikkert. Detailhandlerne ville desuden skulle bære købet eller lejen af fryseren, men de ville få isene til en lavere pris (fordi fryserens pris ikke længere var lagt til isenes) og kunne øge deres forretningsmæssige aktivitet ved også at benytte fryseren til at oplagre og opbevare andre produkter. Bortset fra dette berettiger tabet af salgssteder ikke i sig selv de konkurrencebegrænsninger, som de omtvistede eksklusivitetsklausuler fører til.

Selv under forudsætning af, for det tredje, at et system, der helt og holdent fungerer i markedets og de erhvervsdrivendes interesse, kan berettige visse konkurrencebegrænsninger, kan disse begrænsninger ikke overskride en grænse, der kan bestemmes ved at anvende proportionalitetsprincippet [80]. Hvis det derfor i lyset af ovenstående gennemgang og på baggrund af en samlet vurdering af de retlige og faktiske omstændigheder fastslås, at de omtvistede HB-aftaler sammen med andre lignende aftaler bidrager væsentligt til den samlede påvirkning af konkurrencen på en sådan måde, at der er tale om en afskærmning af markedet, er disse aftaler, på trods af de positive aspekter, som HB har påpeget, i strid med traktatens artikel 85, stk. 1. For det første overskrider begrænsningerne på grund af deres stærkt negative indvirkning på konkurrencen en bestemt grænse, ud over hvilken de ikke kan anses for berettigede [81]. For det andet er det som nævnt ikke blevet bevist, at de begrænsninger, som eksklusivaftalerne er årsag til, er nødvendige for at nå deres mål, selv om dette måtte være lovligt [82].

89. Sammenfattende må første del af det andet præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde: Under hensyn til de retlige og faktiske omstændigheder på det relevante marked er en aftale eller praksis som den i hovedsagen omhandlede i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, når tre betingelser er opfyldt. For det første skal den, sammen med andre lignende aftaler eller former for praksis på det samme marked, de facto hindre konkurrenter i at få adgang til en særlig stor del af de salgssteder, der findes, og dermed føre til en afskærmning af markedet. For det andet skal den bidrage mærkbart til denne afskærmning. For det tredje skal konkurrencebegrænsningen

80 — Det hævdes ofte, at Pronuptia-dommen gør det muligt at anse en aftale eller en praksis for forenelig med traktatens artikel 85, stk. 1, uden at det er nødvendigt at vurdere, i hvilket omfang den begrænser konkurrencen, når blot den opfylder den ene betingelse, at den er nødvendig for, at et system kan fungere, der ikke i sig selv er i strid med artikel 85, stk. 1. Jeg er uenig i dette synspunkt. Hvis de konkurrencebegrænsninger, der er tale om, er særlig alvorlige, kan de ikke betegnes som »underordnede« eller »ubetydelige«. Pronuptia-dommen udgør et forsøg på at forbedre anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, og kan ikke anvendes som påskud for at unddrage sig anvendelsen af bestemmelserne heri.
Derfor må der foretages en afvejning mellem fordelen ved den frie konkurrence, som påvirkes af den omtvistede aftale eller praksis, og fordelen ved denne aftale eller praksis. Ønsket om at nå berettigede mål kan ikke altid retfærdiggøre en forvridning af konkurrencebetingelserne, især ikke når der er tale om en alvorlig forvridning. Desuden bør det ved at anvende proportionalitetsprincippets kriterier (hensigtsmæssighed, nødvendighed og forholdsmæssighed i snæver forstand) undersøges, om den pågældende aftale eller praksis påvirker konkurrencen i uforholdsmæssigt høj grad.

81 — I mit forslag til afgørelse i sagen Montecatini mod Kommissionen (jf. fodnote 76) forsvarede jeg et beslægtet synspunkt, hvorefter særlig alvorlige konkurrencebegrænsninger ikke kan retfærdiggøres under henvisning til »rule of reason«-princippet, som både Fællesskabets og de amerikanske konkurrenceretsinstanser synes at have accepteret. Domstolen anførte i den pågældende dom: »I så henseende er det tilstrækkeligt at fastslå, at maksimen 'rule of reason', selv om den måtte antages at have sin plads inden for rammerne af traktatens artikel 85, stk. 1, ikke under nogen omstændigheder kan udelukke anvendelsen af bestemmelsen i tilfælde af et kartel af producenter, der nærmest totalt dominerede fællesmarkedet, og angik prismål, produktionsbegrænsning og opdeling af markedet. Retten begik derfor ingen retlig fejl ved at antage, at den åbenbare karakter af overtrædelsen under alle omstændigheder hindrede anvendelsen af 'rule of reason'« (præmis 133).

82 — Det er klart, at HB's argumenter om fordelene ved eksklusivitetsklausulerne ville have større vægt og ville kunne begrunde disse fordele i lyset af traktatens artikel 85, stk. 1, hvis de faktiske og retlige omstændigheder på markedet var anderledes.

kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater [83].

C — *De omtvistede eksklusivitetsklausuler og traktatens artikel 86*

90. En virksomheds stilling på markedet kan betegnes som »dominerende«, når den gør det muligt for virksomheden at hindre effektiv konkurrence og i vid udstrækning optræde uafhængigt i forhold til konkurrenter, kunder og forbrugerne [84]. Store markedsandele udgør i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling [85].

91. HB's andel af det irske marked for enkeltemballerede impulsisartikler har i mange år svinget omkring 70% og derover. Denne kendsgerning leder, sammen med andre faktorer [86], med logisk nødvendighed til den konklusion, at HB har en dominerende stilling på dette marked [87].

92. Misbrug af en dominerende stilling, som er forbudt ifølge artikel 86, er »et objektivt begreb, som omfatter en af en ... virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet... som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence ...« [88]. En virksomhed, der har en dominerende stilling, må ikke »eliminere en konkurrent for herigennem at styrke sin stilling ved hjælp af andre midler end en konkurrence på ydelser« [89]. Med hensyn til den korrekte anvendelse af artikel 86 finder Domstolen, at »det materielle anvendelsesområde for de særlige forpligtelser, der påhviler en virksomhed i en dominerende stilling, skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kunne vise en svækkelse af konkurrencen« [90]. Hvad eksklusivaftaler angår er det fast retspraksis, at »en virksomhed, som

83 — Hvis det konstateres, at markedet er afskærmet i en sådan grad, at nye isleverandører ikke kan få adgang til salgsstederne, uanset hvor de er placeret geografisk, og uanset hvor leverandørernes produkter hidrører fra, er det efter min opfattelse sandsynligt, at samhandelen mellem medlemsstater er påvirket. Den konkurrencebegrænsning, der er tale om, gør det vanskeligere for udenlandske konkurrenter at komme ind på det irske marked.

84 — Jf. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, og dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, jf. fodnote 48.

85 — Jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, jf. fodnote 48, præmis 41, dom af 3.7.1991, sag 62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 60, og af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667.

86 — Mangel på en konkurrent af samme størrelse, accept hos forbrugerne, kontrol med en stor del af salgsstederne, adgang til know-how og andre fordele som følge af, at HB indgår i den multinationale Unilever-koncern.

87 — Den irske ret i første instans er også nået frem til denne konklusion.

88 — Jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, jf. fodnote 48 (præmis 91).

89 — Jf. dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, jf. fodnote 85, præmis 70.

90 — Jf. dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, præmis 24.

indtager en dominerende stilling på et marked, og som — også efter anmodning fra disse — binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, herved misbruger sin dominerende stilling« [91].

93. HB tilbyder detailhandlerne følgende ordning. HB stiller (uden nogen direkte modydelse fra detailhandlerne) frysere til rådighed for detailhandlerne, for hvilke HB selv påtager sig købs- og vedligeholdelsesomkostningerne. HB stiller dog som betingelse, at fryserne kun må anvendes til opbevaring af HB's egne produkter. HB tilskynder således detailhandlere, der ikke råder over enten egne eller en anden leverandørs frysere, til at slutte en aftale om leverancer med HB, hvori der indgår en eksklusivitetsklausul. Jeg har allerede nævnt, at detailhandlere, som har indgået en sådan aftale, normalt er uvillige til at udskifte HB's med en anden leverandørs eller med egne frysere og heller ikke er tilbøjelige til at installere yderligere frysere [92]. De salgssteder, der slutter aftale med HB, bliver de facto forhandlere udelukkende af HB's produkter. Det fremgår af ovenstående gennemgang, at de pågældende salgssteder udgør en meget stor procentandel, og at det synes at dreje sig om 80% af de små forretninger [93].

94. Dette styrker HB's dominerende stilling og svækker yderligere konkurrencen, som i forvejen er svag på grund af HB's dominerende stilling. Mere generelt er HB's politik ikke i overensstemmelse med sunde konkurrencevilkår i forbindelse med leveringen af forbrugsgoder. For det første gør den det vanskeligt for andre leverandører, der konkurrerer med HB, at komme ind på markedet og at konsolidere deres stilling derpå. For det andet påvirkes detailhandlernes frihed til at vælge leverandører på basis af de fordele, de tilbyder. For det tredje påvirkes forbrugernes frihed til at vælge mellem sådanne produkter på grundlag af kvaliteten og prisen. Konkurrencen på markedet for enkeltemballerede impulsisartikler afspejler med andre ord på intet niveau af dette marked produkternes egenskaber, men beror på, om de pågældende salgssteder de facto er bundet til HB eller ej. Jeg mener, sammenfattende, at denne adfærd fra HB's side udgør misbrug af en dominerende stilling.

95. HB's argumenter rejser ikke tvivl om rigtigheden af denne konklusion.

91 — Jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, jf. fodnote 48 (præmis 89), og dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, jf. fodnote 85 (præmis 149). I dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 68, udtalte Retten, at »når en erhvervsdrivende, som i denne sag, har en stærk stilling på markedet, udgør indgåelse af eksklusivaftaler om leverancer vedrørende en stor del af indkøbene en uacceptabel hindring for adgangen til dette marked«.

92 — Jf. punkt 74 og 75 ovenfor.

93 — Jf. punkt 73 ovenfor.

96. HB mener indledningsvis, at det er en indarbejdet praksis, som ikke afviger fra en sund konkurrence, men som tværtimod gavner konkurrencebetingelserne, at leverandørerne på det marked, som det drejer sig om, indgår fryseraftaler, der indeholder en eksklusivitetsklausul. Desuden ville HB blive nødsaget til at skade sine egne interesser, hvis de pågældende aftaler blev forbudt som stridende mod artikel 86, hvilket ville være uacceptabelt[94]. HB har endvidere påberåbt sig Bronner-dommen[95]. Af den har HB udledt, at en virksomhed, som har en dominerende stilling, ikke er forpligtet til give konkurrenter adgang til sit distributionssystem, selv ikke mod et rimeligt vederlag, for det første når nægtelsen heraf ikke forhindrer den virksomhed, som anmoder om at få adgang, i at konkurrere, for det andet når nægtelsen kan begrundes objektivt, og for det tredje såfremt der aktuelt eller potentielt findes en alternativ løsning. Endelig har HB gjort gældende, dels at aftalerne ikke skader konkurrencebetingelserne, idet de kun sikrer selskabet eksklusivitet på en ubetydelig del af salgsstederne, dels at dets adfærd under alle omstændigheder er objektivt berettiget.

97. Jeg bestrider ikke, at fryseraftalerne udgør en udbredt forretningspraksis på det pågældende marked, og at de i visse henseender er fordelagtige for aftalepartnerne. Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt til, at HB's aftaler ikke kan anses for at være i strid med traktatens artikel 86. De kan eventuelt accepteres på markeder med normale konkurrenceforhold, men ikke i tilfælde, hvor, som i det foreliggende, konkurrencen i forvejen er afsvækket netop på grund af HB's dominerende stilling. Endvidere rokker HB's argumenter ikke ved det, jeg har fastslået ovenfor, navnlig at aftalerne om HB's frysere ikke tillader konkurrencen at fungere normalt, sådan som den bør gøre, når der er tale om levering af forbrugsgoder.

98. Desuden kan den anvendelse, som jeg foreslår af traktatens artikel 86, ikke tvinge HB til at handle mod sine egne interesser, om end det er rigtigt, at den kan gøre det umuligt for selskabet at nyde godt af samtlige de fordele, som dets markedsposition giver det. Det er fuldstændig rimeligt, at den handlefrihed, som et selskab råder over, når det træffer sine strategiske valg, kan begrænses i medfør af artikel 86. En virksomhed, som indtager en dominerende stilling, har nemlig altid et særligt ansvar for ikke gennem sin adfærd at undergrave betingelserne for, at der kan herske en reel og ufordrejet konkurrence på det fælles marked.

94 — HB har henvist til det forslag til afgørelse, som medlem af Retten Heinrich Kirschner fremsatte i sag T-51/89, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. 1990 II, s. 309, punkt 63, hvori han fungerede som generaladvokat. Han anførte i forslaget, at intet selskab kan tvinges til at skade sine egne interesser, heller ikke hvis det indtager en dominerende stilling.

95 — Dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Sml. I, s. 7791.

99. Ydermere er de konklusioner, som Domstolen kom frem til i Bronner-dommen [96], og princippet om »væsentlige faciliteter« ikke relevante for den foreliggende sag. Bronner-dommen drejede sig om, hvorvidt en konkurrent har ret til at få adgang til et distributionsnet tilhørende en anden konkurrent, som har en dominerende stilling, når deltagelsen i dette net fremtræder som en foranstaltning, der er nødvendig for at kunne udøve den pågældende form for virksomhed, og for at der kan være konkurrence. Det centrale spørgsmål i den foreliggende sag er et andet. Det vedrører fordrejning af konkurrencebetingelserne som følge af, at der i forbindelse med levering af produkter pålægges detailhandlerne en eksklusivitetsklausul som betingelse for at få en fryser stillet til rådighed uden nogen direkte modydelse. Spørgsmålet om »essential facilities« er ikke aktuelt i den foreliggende sag [97].

100. Med hensyn til HB's argument om, at kun en ubetydelig del af detailhandlerne er bundet af de omtvistede eksklusivitetsklausuler, skal det bemærkes, at de kriterier, som ligger til grund for HB's beregninger, og som fører til denne konklusion, ikke er korrekte. HB synes ikke i sin fremstilling at have medtaget de detailhandlere, der kun råder over HB-frysere, men som har tilkendegivet, at de under alle omstændigheder, af rent personlige og forretningsmæssige grunde, ikke interesserede i at sælge is af andre mærker. Som jeg omtalte i forbindelse med min vurdering i relation til traktatens artikel 85, stk. 1, må alle salgssteder, hvor der kun er installeret HB-frysere, anses for at være de facto bundet til HB som følge af fryseraftalerne [98]. Jeg erindrer om, at det fremgår af de oplysninger, som den forelæggende ret har fremlagt, at 80% af de små butikker i Irland udelukkende sælger HB-is, og at de ikke har mulighed for at udvide produktsortimentet, selv om de måtte ønske det, idet de er udstyret med HB-frysere.

101. Med hensyn til argumentet om, at HB's adfærd er »objektivt berettiget«, skal det indledningsvis nævnes, at jeg ikke mener, at Domstolen udtrykkeligt har anvendt dette begreb i sin praksis vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 86. Alligevel er jeg enig i, at det er vanskeligt at godtage, at en objektivt berettiget forretningsmæssig adfærd også kan udgøre et misbrug [99]. Om en adfærd er berettiget eller ej, vurderes på grundlag af proportionalitetsprincippet [100]. Et selskab, der har en dominerende stilling, har ikke ret til at underkaste den frie konkurrence

96 — Jf. fodnote 95.

97 — Bronner-dommen, jf. fodnote 95, drejede sig nærmere bestemt om en avisudgiver med en dominerende stilling, der havde oprettet et distributionsnet, som ikke gjorde det umuligt for en konkurrent at oprette sit eget distributionsnet. Distributionsnettet forhindrede heller ikke detailhandlerne i at købe og sælge andre aviser. Det af HB oprettede distributionsnet, som de omtvistede eksklusivitetsklausuler er en del af, forhindrer derimod konkurrenter i at oprette deres eget net, og i realiteten detailhandlerne i at købe lignende produkter af andre mærker.

98 — Jf. punkt 84 ovenfor.

99 — Ud fra denne synsvinkel er begrebet »objektivt berettiget« en faktor, der skal tages i betragtning ved bestemmelsen af, om den adfærd, som virksomheder med en dominerende stilling udviser, har karakter af misbrug.

100 — Om proportionalitetsprincippets betydning i relation til artikel 86 henvises til det forslag til afgørelse, som medlem af Retten Heinrich Kirschner fremsatte i sagen Tetra Pak mod Kommissionen (jf. fodnote 94, punkt 67-74), hvori han fungerede som generaladvokat. Forslaget indeholder yderst nyttige henvisninger til retspraksis og juridisk litteratur.

uforholdsmæssige begrænsninger, heller ikke selv om de mål, som det forfølger, er fuldstændig lovlige. Med hensyn til de omtvistede fryseraftaler mener jeg, at deres negative indvirkning på markedets funktion — der, som konstateret ovenfor, er alvorlig — konkurrencebegrænsningernes omfang og den deraf følgende manglende mulighed for sikre betingelserne for en sund og normal konkurrence umiddelbart betyder, at HB's adfærd ikke kan retfærdiggøres [101]. Heller ikke selv om man ikke accepterer denne »formodning om misbrug«, er HB's adfærd ikke objektivt berettiget, da den hindrer og fordrejer den frie konkurrence i en grad, som går ud over det tilstræbte mål, og som ikke er nødvendig for gennemførelsen heraf [102].

102. Jeg må derfor drage følgende konklusion. En virksomhed, der leverer enkeltemballerede impulsisartikler, har overtrådt sine forpligtelser i henhold til traktatens artikel 86, når den har en dominerende stilling på det pågældende marked, og når den — ved at tilskynde detailhandlerne til indgå aftaler med sig, hvorefter virksomheden stiller frysere til rådighed for detailhandlerne uden modydelse, men på den betingelse, at de udelukkende anvendes til at opbevare selskabets produkter — på grund af markedets karakter de facto binder et stort antal salgssteder til sig og desuden begrænser den allerede afsvækkede konkurrence ved ikke at lade markedet fungere på en sund konkurrences betingelser.

VI — Tredje præjudicielle spørgsmål

103. Den forelæggende ret har spurgt, om den ved traktatens artikel 222 sikrede beskyttelse af ejendomsretten er til hinder for, at de omtvistede aftaler om HB's frysere kan anfægtes på grundlag af traktatens artikel 85 og 86.

104. Dette spørgsmål må besvares benægtende.

105. Det skal nævnes, at ejendomsretten er sikret ifølge de principper, som er nedfældet

101 — Det skal understreges, at der er en grænse for, hvor negative konsekvenserne for konkurrencen må være, og hvis den adfærd, som et selskab med en dominerende stilling udviser, overskrider denne grænse, må den anses for at udgøre et misbrug og for at være uberettiget.

102 — HB har i denne forbindelse fremført en række argumenter, som jeg behandlede i min vurdering i relation til traktatens artikel 85, stk. 1. HB mener nærmere bestemt, at de omtvistede aftaler sikrer en bedre markedsføring og tilgængelighed af produkterne, mindsker distributionsomkostningerne, udvider produkternes geografiske dækning, gør det muligt for distributionssystemet at fungere mere effektivt og for detailhandlerne at råde over frysere, som de ellers ikke ville være i stand til at anskaffe, forenkler og letter handelen, idet både fryserens og produkternes pris er indeholdt i isens samlede pris, samt beskytter HB's ejendomsret til fryserne.
Om disse argumenter skal det bemærkes, at det ikke er bevist, at tilrådighedsstillelse af frysere uden nogen direkte modydelse, men med krav om overholdelse af en eksklusivitetsklausul, er den eneste og uomgængeligt nødvendige måde at nå disse mål på. En afskaffelse af eksklusivitetsklausulen kan ændre hele systemet med fryseraftaler og fremtræde som en mindre attraktiv losning set fra et rent forretningsmæssigt synspunkt, men den ville gøre det muligt at undgå de omtvistede aftalers meget skadelige indvirkning på konkurrencebetingelserne. Aftalerne er følgelig i strid med traktatens artikel 86.

i medlemsstaternes forfatninger. I disse grundlæggende nationale bestemmelser skelnes der mellem ejendomsrettens hårde kerne, som det principielt er forbudt at gøre indgreb i, og udøvelsen af ejendomsretten, som kan begrænses af hensyn til almenhedens interesse i det omfang, det er nødvendigt [103]. Jeg bestrider ikke, at traktatens artikel 85 og 86 indtager en væsentlig plads i fællesskabsrettens systematik, og at artiklerne tjener almenhedens interesse i, at der sikres en ikke-forvredet konkurrence [104]. Det er der derfor fuldstændig forståeligt, at ejendomsretten er undergivet begrænsninger i henhold til traktatens artikel 85 og 86, i den udstrækning sådanne er nødvendige for at beskytte konkurrencen. De erhvervsdrivende kan under ingen omstændigheder anvende traktatens artikel 222 som beskyttelse mod anvendelsen af artikel 85 og 86.

106. I det foreliggende tilfælde gør traktatens artikel 85 og 86, som fortolket ovenfor, ikke indgreb i den hårde kerne i HB's ejendomsret til fryserne [105], men de sætter grænser for HB's aftaleklausuler om anvendelsen af de frysere, som selskabet stiller til rådighed for detailhandlerne. Disse grænser er nødvendige for at beskytte konkurrencevilkårene på det pågældende marked. HB kan forsøge at finde en anden måde at beskytte sine formuegoder på [106] end at pålægge eksklusivitetsklausuler. Traktatens artikel 222 kan ikke påberåbes for at undgå at efterleve, hvad der følger af den korrekte fortolkning og anvendelse af artikel 85 og 86.

103 — Jf. dom af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727, præmis 18.

104 — Det bestemmes i EF-traktatens artikel 3, litra f) [efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra g), EF], at Fællesskabets virke, med dets mål for øje, skal indebære »en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes«. Jeg mener, at det står klart, at dette virke — som også omfatter anvendelsen af artikel 85 og 86 — udgør et aspekt af Fællesskabets almene interesse.

105 — Det ville de gøre, hvis de forpligtede HB til at acceptere, at konkurrerende leverandører benyttede fryserne uden modydelse. Denne mulighed foreligger ikke i det aktuelle tilfælde. HB har stadig ret til at beskytte sine formuegoder, men kan ikke gøre det ved hjælp af aftaler, der strider imod artikel 85 og 86.

106 — HB kan f.eks. sælge eller leje fryserne til detailhandlerne. Jeg har tidligere nævnt (jf. fodnote 79), at HB's beslutning om at stille frysere til rådighed uden nogen direkte modydelse, men ledsaget af en eksklusivitetsklausul, ikke er den eneste måde, hvorpå selskabet kan sikre sine rettigheder som følge af dets ejendomsret til fryserne. Den udgør snarere en forretningsstrategisk foranstaltning. Der kan tænkes andre måder til at dække de med fryserinvesteringerne forbundne omkostninger på, som ikke omfatter en eksklusivitetsklausul.
HB hævder imidlertid, at det på grund af markedsforholdene ikke er en realistisk løsning at udleje fryserne, og at det ville skade selskabet at videresælge dem. Selv om man antager, at det forholder sig sådan, rokker det ikke ved den konklusion, som min vurdering har ført frem til. For det første bliver en erhvervsdrivende ikke frataget sin ejendom, og den hårde kerne i hans ejendomsret bliver ikke berørt, fordi han ikke kan anvende sine goder, som han ønsker. For det andet er den omstændighed, at han eventuelt må acceptere et forretningsmæssigt tab i forbindelse med anvendelsen af sin ejendom, ikke tilstrækkelig til at få mig til at fortolke traktatens artikel 85 og 86 anderledes. Ansvaret for dette tab må udelukkende tilskrives ham selv og det forhold, at han har valgt at indføre en forretningspolitik, som er i strid med konkurrencereglerne.

VII — Konklusioner

107. Sammenfattende gør min vurdering i relation til det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål, af de ovenfor anførte grunde, det muligt at besvare de forelagte spørgsmål om fællesskabsretten uden at undersøge problemet vedrørende lovligheden af beslutning 98/531. Under alle omstændigheder kan Domstolen efter min opfattelse udmærket afstå fra at besvare disse spørgsmål, hvis den finder, at det ikke er muligt at afgøre tvisten i hovedsagen, før gyldigheden af beslutning 98/531 er blevet undersøgt. Dette vil, som omtalt i afsnittet om den foreliggende sags særlige karakter, Retten gøre inden for rammerne af det annullationssøgsmål, der verserer for den. For det tilfælde, at Domstolen imidlertid finder, at den skal besvare det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål og ligeledes prøve gyldigheden af beslutning 98/531, indskrænker jeg mig subsidiært til at bemærke, at denne beslutning, anskuet på baggrund af den lovlighedskontrol, som kan foretages inden for rammerne af proceduren i traktatens artikel 177, er korrekt, og at de omtvistede fryseraftaler mellem HB og de irske detailhandlere er i strid med traktatens artikel 85 og 86.

VIII — Forslag til afgørelse

108. På baggrund af det foranstående foreslår jeg Domstolen, at den besvarer det første præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Den forelæggende ret har ikke pligt til at udsætte den sag, der verserer for den, og afvente afgørelsen af annullationssøgsmålet, blot fordi der er rejst sag ved Retten til prøvelse af Kommissionens beslutning 98/531/EF af 11. marts 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (sag IV/34.073,

IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd) (meddelt under nummer K(1998) 292). Den har dog pligt dertil, hvis løsningen af tvisten i hovedsagen kræver, at den nationale ret ved, om beslutningen er gyldig eller ej, for så vidt dette spørgsmål ikke kan forelægges Domstolen inden for rammerne af proceduren i EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), men vil blive prøvet af Retten inden for rammerne af det annullationssøgsmål, der verserer for den. I den forbindelse bør den forelæggende ret undgå at afsige en dom, der strider imod beslutning 98/531, medmindre Fællesskabets retsinstanser har annulleret beslutningen.«

Finder Domstolen, at der er anledning til at behandle det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål, foreslår jeg, at de besvares på følgende måde:

»Under hensyn til de retlige og faktiske omstændigheder på det relevante marked er en aftale eller praksis som den i hovedsagen omhandlede i strid med EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), når tre betingelser er opfyldt. For det første skal den, sammen med andre lignende aftaler eller former for praksis på det samme marked, de facto hindre konkurrenter i at få adgang til en særlig stor del af de salgssteder, der findes, og dermed føre til en afskærmning af markedet. For det andet skal den bidrage mærkbart til denne afskærmning. For det tredje skal konkurrencebegrænsningen kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

En virksomhed, der leverer enkeltemballerede impulsisartikler, har overtrådt sine forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF), når den har en dominerende stilling på det pågældende marked, og når den — ved at tilskynde detailhandlerne til indgå aftaler med sig, hvorefter virksomheden stiller frysere til rådighed for detailhandlerne uden modydelse, men på den betingelse, at de udelukkende anvendes til at opbevare selskabets produkter — på grund af

markedets karakter de facto binder et stort antal salgssteder til sig og desuden begrænser den allerede afsvækkede konkurrence ved ikke at lade markedet fungere på grundlag af sunde konkurrencevilkår.

Beskyttelsen af ejendomsretten, som sikret ved EF-traktatens artikel 222 (nu artikel 295 EF), er ikke til hinder for at anse eksklusivaftaler som dem, der er indbragt til påkendelse for den forelæggende ret, for at være i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86.«