

RETTENS DOM (Anden Udvidede Afdeling)

8. juni 1995 ^{*}

I sag T-9/93,

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, Nürnberg (Tyskland), ved advokat Ulrich Scholz, Nürnberg, og advokat Rainer Bechtold, Stuttgart, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Loesch & Wolter, 8, rue Zithe,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Bernd Langeheine, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Alexander Böhlke, Frankfurt am Main, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

^{*} Processprog: tysk.

Mars GmbH, Viersen (Tyskland), ved advokat Jochim Sedemund, Köln, og Solicitor John E. Pheasant, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Michel Molitor, 14A, rue des Bains,

intervenient,

hvor der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 93/405/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 og IV/34.072 — EFT 1993 L 183, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, B. Vesterdorf, og dommerne D.P.M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner og A. Kalogeropoulos,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 16. november 1994,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

- 1 Sagsøgeren anmeldte den 7. maj 1985 en standardkontrakt til leveringsaftale til Kommissionen. Kontrakten regulerede selskabets forhold til forhandlerne i detailhandelen. Den 20. september 1985 sendte Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence sagsøgerens advokat en administrativ skrivelse, et såkaldt »comfort letter« (herefter benævnt »den administrative skrivelse«), hvori det hedder:

»De har den 2. maj 1985 på vegne af selskabet Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 anmodet om en negativattest for en 'aftale om levering af is'.

For at være på den sikre side har De tillige anmeldt kontrakten i overensstemmelse med artikel 4 i nævnte forordning. De har senere, ved skrivelse af 25. juni 1985, fremsendt en standardkontrakt, som skal danne grundlag for de aftaler, Schöller vil indgå fremover.

Ved skrivelse af 23. august 1985 har De oplyst, at kundens eksklusive købsforpligtelse i henhold til den anmeldte standardkontrakt, som er forbundet med et konkurrenceforbud, kan opsiges for første gang med seks måneders varsel til udgangen af det andet år af kontraktperioden, og derefter med samme varsel til udgangen af hvert kalenderår.

Ud fra de oplysninger, Kommissionen råder over, og som i det væsentlige hviler på redegørelsen i Deres begæring, vil de fremtidige kontrakters faste løbetid højst

være to år. Den gennemsnitlige løbetid for alle Deres klients leveringsaftaler vil således ligge langt under de fem år, som i henhold til Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 (EFT L 173, s. 5) kræves, for at de eksklusive købsaftaler kan være omfattet af gruppefritagelsen.

Det står på den baggrund fast, at de af Schöller indgåede leveringsaftaler, selv under hensyntagen til antallet af lignende aftaler, navnlig ikke medfører, at konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer udelukkes. Andre virksomheder har fortsat adgang til detailhandelen.

Schöller's anmeldte leveringsaftaler er således forenelige med konkurrencereglerne i EØF-traktaten. Kommissionen har derfor ikke anledning til at skride ind over for de af Deres klient anmeldte kontrakter.

Kommissionen forbeholder sig retten til at genoptage proceduren, såfremt det retlige eller det faktiske grundlag for den anlagte vurdering ændres væsentligt.

De kan i øvrigt meddele Deres klient, at de allerede indgåede leveringsaftaler vurderes på samme måde, og at det derfor ikke er nødvendigt at anmelde disse, såfremt aftalernes faste løbetid efter den 31. december 1986 højst er to år, og de derefter kan opsiges med højst seks måneders varsel til udgangen af hvert kalenderår.

...«

- 2 Den 18. september 1991 indgav Mars GmbH (herefter benævnt »Mars«) en klage til Kommissionen over sagsøgeren og Langnese-Iglo GmbH (herefter benævnt »Langnese«) under påberåbelse af en overtrædelse af traktatens artikel 85 og 86, idet selskabet samtidig begærede iværksættelse af foreløbige forholdsregler med henblik på at forhindre det alvorlige og uoprettelige tab, som ifølge selskabet opstod ved, at salget i Tyskland af dets konsumisprodukter blev hæmmet væsentligt på grund af de aftaler, sagsøgeren og Langnese i strid med konkurrencereglerne havde indgået med et stort antal detailhandlere.

- 3 Ved beslutning af 25. marts 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/34.072 — Mars/Langnese og Schöller — foreløbige forholdsregler, herefter benævnt »beslutningen af 25. marts 1992«) forbød Kommissionen i det væsentlige — som en foreløbig forholdsregel — sagsøgeren og Langnese, i forbindelse med konsumisprodukterne »Mars«, »Snickers«, »Milky Way« og »Bounty« og i den udstrækning disse tilbydes den endelige forbruger i enkeltportioner, at gøre brug af deres aftalemæssige rettigheder i henhold til aftaler, som er indgået af dem selv eller til deres fordel, for så vidt som detailhandlere forpligter sig til udelukkende at købe, tilbyde og/eller sælge konsumis fra disse producenter. Kommissionen besluttede endvidere at lade fordelene ved anvendelse af forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier på eksklusive købsaftaler (EFT L 173, s. 5, herefter benævnt »forordning nr. 1984/83«) bortfalde for de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler, for så vidt som gennemførelsen af ovennævnte forbud kræver det.

- 4 Det er på denne baggrund, at Kommissionen — for efter ovennævnte beslutning af 25. marts 1992 at træffe en endelig beslutning vedrørende de omhandlede leveringsaftaler — den 23. december 1992 vedtog beslutning 93/405/EØF om en procedure i henhold til traktatens artikel 85 mod Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG

(IV/31.533 og IV/34.072 — EFT 1993 L 183, s. 1, herefter benævnt »beslutningen«), hvis dispositive del lyder således:

»*Artikel 1*

De af Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG indgåede aftaler, hvorefter detailhandlere med forretningssted i Tyskland er forpligtede til med henblik på videre salg udelukkende at købe småis¹ fra nævnte virksomhed (salgssteds eksklusivitet), er i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Artikel 2

Fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, for de i artikel 1 omhandlede aftaler afslås.

Artikel 3

Det pålægges Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG senest tre måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning at oplyse de videreforhandlere, med hvem virksomheden har indgået stadig gældende aftaler af den i artikel 1 nævnte karakter, om ordlyden i artikel 1 og 2 under henvisning til, at aftalerne ikke har retsvirkning.

¹ — Jf. forklaringerne til produktgrupperingen af 21.5.1990 fra Fachsparte Eiskrem under Bundesverband der Deutschen Süßwarenindustrie eV.

Artikel 4

Det forbydes Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG at indgå aftaler af den i artikel 1 omhandlede karakter indtil den 31. december 1997.

...«

- 5 Der blev samme dag vedtaget en beslutning for så vidt angår Langnese (Kommissionens beslutning 93/406/EØF af 23.12.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Langnese-Iglo GmbH (IV/34.072 — EFT 1993 L 183 s. 19)).

Retsforhandlinger

- 6 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. april 1992 anlagde sagsøgeren sag med påstand om annullation af beslutningen af 25. marts 1992, og ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag fremsatte sagsøgeren tillige begæring om foreløbige forholdsregler (sagerne T-28/92 og T-28/92 R).
- 7 Ved kendelse af 16. juni 1992 traf Rettens præsident afgørelse om foreløbige forholdsregler (sagerne T-24/92 R og T-28/92 R, Langnese-Iglo og Schöller Lebensmittel mod Kommissionen, Sml. II, s. 1839).

- 8 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 2. februar 1993 meddelte sagsøgeren Retten, at selskabet hævede sagen, jf. procesreglementets artikel 99, og ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 1. april 1993 blev sag T-28/92 slettet af Rettens register.
- 9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 20. januar 1993 har sagsøgeren i medfør af EF-traktatens artikel 173, stk. 4, som svarer til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt nærværende sag med påstand om annullation af beslutningen.
- 10 Ved særskilt processkrift registreret på Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgeren tillige fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningen, jf. traktatens artikel 185 og artikel 104 i Rettens procesreglement (sag T-9/93 R).
- 11 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 3. februar 1993 har Mars anmodet om tilladelse til at intervenere i sag T-9/93 R til støtte for Kommissionens påstande. Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 4. februar 1993 har Mars tillige anmodet om tilladelse til at intervenere i sag T-9/93 til støtte for Kommissionens påstande.
- 12 Ved kendelse af 19. februar 1993 har Rettens præsident tilladt Mars at intervenere i sag T-7/93 R og truffet afgørelse vedrørende sagsøgerens begæring om udsættelse af gennemførelsen (forenede sager T-7/93 R og T-9/93 R, Langnese-Iglo og Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 131).

- 13 Ved kendelse af 12. juli 1993 har formanden for Rettens Første Afdeling tilladt Mars at intervenere i sag T-9/93 og taget en af sagsøgeren fremsat begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger, jf. artikel 116, stk. 2, i Rettens procesreglement, til følge.
- 14 Langnese har ligeledes anlagt sag med påstand om annullation af den beslutning, der er rettet til selskabet (sag T-7/93). Mars har også opnået tilladelse til at intervenere i den sag.
- 15 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Retten har dog ved skrivelse af 26. september 1994 anmodet parterne om at besvare visse spørgsmål skriftligt. Sagsøgeren og sagsøgte har besvaret spørgsmålene ved skrivelser af henholdsvis 17. og 19. oktober 1994. Ved kendelse af 9. november 1994 har formanden for Anden Udvidede Afdeling taget en af sagsøgeren fremsat begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger i parternes svar på de stillede spørgsmål, jf. artikel 116, stk. 2, i Rettens procesreglement, til følge.
- 16 De omhandlede oplysninger er blevet behandlet fortroligt under retsmødet i overensstemmelse med kendelserne af 12. juli 1993 og 9. november 1994. De behandles også fortroligt i nærværende dom.
- 17 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 16. november 1994.

Parternes påstande

18 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionens beslutning annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19 Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

20 Intervenienten, Mars, har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

21 Sagsøgeren har påberåbt sig tre anbringender til støtte for sine påstande. Selskabet har således for det første gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af trakta-

tens artikel 85, stk. 1, idet de omtvistede leveringsaftaler ikke påvirker konkurrencen mærkbart. Det er for det andet gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3, for så vidt som Kommissionen har afvist at give en individuel fritagelse for de omtvistede aftaler. Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«).

Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1

- 22 Anbringendet indeholder tre led. Sagsøgeren har først gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en for snæver afgrænsning af det relevante marked. Endvidere har Kommissionen ifølge sagsøgeren fejlvurderet leveringsaftalernes virkninger for konkurrencen. Selskabet har endelig anført, at Kommissionen ikke med hjemmel i artikel 3 i forordning nr. 17 kan forbyde samtlige eksisterende eksklusive købsaftaler, herunder dem, der ikke er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1.

Anbringendets første led om afgrænsningen af markedet

- 23 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har afgrænset såvel produktmarkedet som det geografiske marked forkert.

Produktmarkedet

- 24 Kommissionen har i betragtning 87 til beslutningen afgrænset produktmarkedet som markedet for industrielt fremstillede småis i alle distributionskanaler med undtagelse af ambulante butikker.

— Sammenfatning af parternes argumentation

- 25 Sagsøgeren har gjort gældende, at det relevante marked omfatter konsumis i almindelighed, uden hensyntagen til, hvorledes isen er fremstillet (industrielt eller håndværksmæssigt), antallet af portioner og den indpakning, den sælges i. Der er ingen nævneværdige forskelle med hensyn til egenskaber, anvendelsesformål, fremstillingsmetode og priser, som kan medføre, at der ikke er tale om indbyrdes substituerbare eller ensartede produkter, eller som kan begrunde en sondring mellem forskellige markeder for bestemte typer konsumis.
- 26 Ifølge sagsøgeren skal produktmarkedet defineres på grundlag af forbrugerens behov og ud fra et forbrugersynspunkt. Selskabet har henvist til Kommissionens meddelelse af 3. september 1986 vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT 1986 C 231, s. 2, punkt 11 og 12, herefter benævnt »bagatelmeddelelsen«), hvorefter de produkter, som et marked omfatter, »skal være indbyrdes substituerbare. Hvorvidt dette er tilfældet, skal vurderes ud fra et forbrugersynspunkt, hvorved der principielt under ét skal tages hensyn til varernes egenskaber, prisniveau og anvendelsesformål«. Kommissionen har således med urette lagt til grund, at det ikke »alene« er forbrugerens synsvinkel, der er udslagsgivende ved afgrænsningen af produktmarkedet i det foreliggende tilfælde, og at den har undersøgt spørgsmålet »ud fra andre synsvinkler«. De for afgrænsningen af produktmarkedet afgørende faktorer er ifølge sagsøgeren forbrugernes ensartede behov for at nyde en portion is og den omstændighed, at alle former for detailhandelnde videresælger isen til forbrugerne i det væsentlige uden nogen form for forarbejdning.
- 27 For så vidt angår håndværksmæssigt fremstillet is har sagsøgeren understreget, at forbrugeren træffer sit valg uafhængigt af, om sælgeren udmåler håndværksmæssigt eller industrielt fremstillet is til umiddelbar indtagelse. Nydelsen ved at spise en portion is er lige stor i begge tilfælde. Desuden konkurrerer industrielt fremstillede småis ifølge sagsøgeren ofte med håndværksmæssigt fremstillet is i forskellige

former for restaurationer, der leverer mange forskellige former for tjenesteydelser, såsom i fast-food restauranter, snackbarer, spisevogne osv.

- 28 Hvad angår de forskellige typer industrielt fremstillede is, har sagsøgeren gjort gældende, at den industrielt fremstillede is kvalitetsmæssigt er den samme, uanset hvilken af de forskellige former for indpakning den sælges i. Størrelse og form af den emballage, isene tilbydes forbrugerne i, er således ifølge sagsøgeren uden betydning. Alle de pågældende former for is distribueres gennem de forskellige eksisterende distributionskanaler og skal ifølge sagsøgeren opfylde ét og samme behov hos forbrugeren. Sagsøgeren har til støtte herfor anført, at tankstationer eksempelvis for en dels vedkommende også tilbyder is i familiepakninger, og at bagerforretninger, konditorier og kiosker både kan udmåle håndværksmæssigt fremstillet is og industrielt fremstillet storforbrugeris i enkeltportioner og sælge begge former for is til umiddelbar indtagelse. Desuden har sagsøgeren oplyst, at ca. 14% af alle selskabets kunder, — detailhandlere, som sælger is med henblik på umiddelbar indtagelse på gaden, såsom f.eks. tankstationer, kiosker osv. — udelukkende køber småis og is, der sælges i emballage indeholdende flere enkeltportioner, såkaldte multipakninger, hvilket viser, at Kommissionens afgrænsning af markedet er forkert.
- 29 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at det sted, hvor isen tilbydes og nydes, ikke har indflydelse på opfyldelsen af forbrugerens behov. Forbrugerens behov for at nyde en portion is er det samme, hvad enten behovet opstår i forbrugerens hjem, på hans arbejdsplads, på gaden, under en rejse eller et andet sted. Det relevante marked må derfor siges at omfatte alle de forskellige former for is, uden at der skal sondres mellem de forskellige distributionskanaler, de udbydes gennem. Kommissionen har således med urette holdt is, der sælges af ambulante butikker, uden for det relevante marked.
- 30 Sagsøgeren har endelig anført, at Kommissionen med urette har henvist til, den retspraksis, hvorefter »selv identiske produkter kan høre til forskellige produkt-

markeder, hvis de dækker en specifik efterspørgsel« (jf. betragtning 79 til beslutningen). Der findes ifølge sagsøgeren ikke nogen »specifik« efterspørgsel hos forbrugerne i relation til de forskellige former for indpakning, og disse opfylder ikke »økonomiske behov, som også er forskellige«, som omhandlet i retspraksis (jf. Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461).

31 Kommissionen tager ved afgrænsningen af markedet udgangspunkt i forbrugerens synsvinkel. Man må således ifølge Kommissionen holde konsumis, der udbydes som del af tjenesteydelser inden for restaurationssektoren, udenfor, da dette marked i henhold til Domstolens praksis (jf. dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935) udgør et særskilt marked. Der er herved ifølge Kommissionen tale om en del af den industrielt fremstillede storforbrugeris og en del af den håndværksmæssigt fremstillede is.

32 Kommissionen har dernæst anført, at indtagelsesstedet på grund af den produkt-specifikke sammenhæng mellem nedkølingsmulighed og indtagelse er af afgørende betydning for bestemmelsen af produkternes substituerbarhed i konkurrenceretlig henseende, hvilket gælder så meget mere, som der ofte er tale om et impulsivt og kortvarigt behov.

33 På den baggrund kan det relevante marked ifølge Kommissionen heller ikke omfatte multipakninger, is i familiepakninger, og småis, der leveres af ambulante butikker med henblik på oplagring i private fryserne, idet disse produkter ikke står til rådighed til dækning af behovet uden for hjemmet. Kommissionen har herved gjort gældende, at det fremgår af Domstolens praksis, at selv identiske produkter kan høre til forskellige produktmarkeder, hvis de dækker en specifik efterspørgsel (jf. dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, jf. ovenfor, og dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461).

- 34 Det er imidlertid ifølge Kommissionen ikke alene forbrugerens synsvinkel, der er udslagsgivende. Der skal også både tages hensyn til de forskellige distributionskanaler, gennem hvilke konsumisprodukterne når frem til forbrugeren, og til de forskellige konkurrenceforhold i de forskellige distributionsled, da de omtvistede leveringsaftaler vedrører producenternes og/eller grossisternes adgang til detailhandelen. Eftersom traktatens artikel 85, stk. 1, forbyder enhver begrænsning af konkurrencen i ethvert handelsled mellem producenten og den endelige forbruger (jf. Domstolens dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125), kan forbrugerens synsvinkel ikke alene være afgørende for vurderingen af leveringsaftalernes virkninger for konkurrencen.
- 35 På den baggrund må det relevante marked efter Kommissionens opfattelse siges ikke at omfatte dels håndværksmæssigt fremstillet is, da denne ikke er et handelsobjekt på et marked, hvor udbudssiden udgøres af producenter af industrielt fremstillet is og grossister, og hvor aftagersiden udgøres af detailhandlere, dels den såkaldte »scooping-is«, da detailhandelen har forskellige distributionsfunktioner med hensyn til denne form for is og småis, og da disse to produktgruppers distributionskanaler kun berører hinanden perifert. Kommissionen har herved anført, at der ved afgrænsningen af markedet kan tages hensyn til efterspørgselsstrukturen (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, jf. ovenfor).
- 36 Kommissionen har tilføjet, at storforbrugeris har nogle andre særegenheder, der gør det berettiget at holde den uden for det relevante marked.
- 37 Intervenienten, Mars, har anført, at det af Kommissionen afgrænsede marked bør opdeles i to delmarkeder, nemlig den traditionelle handel og levnedsmiddeldetailhandelen, og at nærværende sag i det væsentlige kun vedrører delmarkedet

for småis, som sælges i den traditionelle handel, idet adgangen til denne sektor er lukket for nye konkurrenter på grund af eksklusive købsaftaler.

- 38 Mars har endvidere henvist til, at mere end 60% af alle småis sælges gennem den traditionelle handel. Mars har herved tilføjet, at Kommissionen også har påvist en række vigtige strukturelle forskelle mellem de to delmarkeder, som efter tysk ret gør en opdeling berettiget. Ifølge Mars kan samme produkt henføres til forskellige markeder, såfremt det sælges gennem forskellige distributionskanaler.

— Rettens bemærkninger

- 39 Med henblik på afgørelsen af, om Kommissionens definition af det relevante marked i betragtning 87 til beslutningen er korrekt, bemærkes indledningsvis, at afgrænsningen af det relevante marked er afgørende for undersøgelsen af de eksklusive købsaftalers virkninger for konkurrencen og navnlig for undersøgelsen af nye indenlandske eller udenlandske konkurrenters muligheder for at trænge ind på konsumismarkedet eller forøge deres markedsandel (jf. Delimitis-dommen, nævnt ovenfor, præmis 15 og 16).

- 40 Der skal herved i overensstemmelse med Domstolens praksis tages hensyn til forbrugerens synspunkt. Domstolen har således i en sag vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 86 udtalt, at mulighederne for konkurrence kun kan vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer (jf. Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215). Hvad nærmere angår begrebet produktmarked har Domstolen fastslået, at dette begreb indebærer, at der kan

herske effektiv konkurrence mellem de produkter, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse mellem alle de produkter, som indgår i samme marked (jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor). Endvidere bemærkes med hensyn til muligheden for at tage hensyn til andre momenter, at det fremgår af retspraksis, at man ikke kan begrænse sig til alene at se på de omhandlede varers objektive karakteristika, idet også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markedet må tillægges betydning (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt ovenfor, præmis 37).

- 41 Retten skal herefter på baggrund af det således anførte undersøge, om Kommissionens afgrænsning af det relevante marked er korrekt. Der skal herved henvises til, at Kommissionen i betragtning 80 til beslutningen har tilkendegivet, at »scooping-is« og håndværksmæssigt fremstillet is, der sælges med henblik på indtagelse »fra hånden« på offentlige steder, dvs. ikke som en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, samt småis, der sælges på offentlige steder, ud fra forbrugers synsvinkel er ensartede produkter.
- 42 Retten finder for det første, at Kommissionen med rette på den baggrund har antaget, at det relevante marked ikke omfatter konsumis, der tilbydes som en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, dvs. en del af den industrielt fremstillede storforbrugeris og en del af den håndværksmæssigt fremstillede is, da dette marked i henhold til Domstolens praksis (jf. Delimitis-dommen, præmis 16) udgør et særskilt marked, idet forbruget af is i restaurationer normalt er forbundet med en tjenesteydelse og ikke så ofte beror på økonomiske betragtninger som f.eks. køb af is i en levnedsmiddelforretning.
- 43 For det andet kan det relevante marked — som anført af Kommissionen — heller ikke antages at omfatte konsumis, der oplagres i private fryserne i forbrugernes hjem, idet disse is ikke står til rådighed til dækning af et behov uden for hjemmet, navnlig et behov, der opstår impulsivt, og da de kun til en vis grad er substituerbare med de produkter, der sælges på offentlige steder (jf. dommen i sagen Miche-

lin mod Kommissionen, præmis 48 og 49). Der er tale om is i familiepakninger, der som regel købes med henblik på opbevaring i hjemmet, og småis, der leveres på bopælen. Kommissionen har herved efter Rettens opfattelse med rette i det konkrete tilfælde lagt afgørende vægt på indtagelsesstedet ved afgrænsningen af markedet, da der er tale om produkter, der uden mulighed for nedkøling kun kan opbevares i meget kort tid, og som derfor nødvendigvis må indtages meget tæt på det sidste sted med mulighed for kølig opbevaring.

- 44 Hvad dernæst angår is, der sælges i multipakninger, bemærkes, at det fremgår af beslutningen, at denne type is normalt sælges af levnedsmiddelforretninger og af ambulante butikker, og således ikke står til rådighed til dækning af et impulsivt opstået behov uden for hjemmet. Sagsøgeren har ganske vist gjort gældende, at ca. 14% af alle selskabets kunder udelukkende køber kombinationen småis og multipakninger. Sagsøgerens svar på de spørgsmål, Retten har stillet i så henseende, viser imidlertid dels, at procentdelen omfatter detailhandlerne i såvel den traditionelle handel som levnedsmiddelhandelen, dels at der i 1993 kun var et meget begrænset antal detailhandlere i den traditionelle handel, der solgte de to nævnte produkter sammen. Da sagsøgeren ikke under den mundtlige forhandling har bestridt det, Kommissionen i dennes svar på Rettens spørgsmål har anført om, at multipakningerne kun står for ca. 4% af det samlede salg til den kundegruppe, sagsøgeren henviser til, finder Retten desuden, at Kommissionen med rette har lagt til grund, at multipakninger normalt ikke er beregnet til indtagelse umiddelbart efter købet, og derfor holdt de is, der sælges i en sådan indpakning, uden for produktmarkedet.

- 45 Som det fremgår af betragtning 81 ff. til beslutningen, finder Kommissionen, under hensyntagen til de forskelligartede konkurrenceforhold, som der er tale om i de forskellige distributionsled og distributionskanaler, som eksisterer sideløbende, og gennem hvilke de pågældende produkter når frem til forbrugeren, at det endvidere

er nødvendigt at holde dels enhver form for håndværksmæssigt fremstillet is, som sælges på offentlige steder uden at være del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, dels industrielt fremstillet storforbrugeris, uden for det relevante marked. Det anføres som begrundelse herfor, at den håndværksmæssigt fremstillede is ikke er et handelsobjekt på markedet vedrørende salg til detailhandlere, mens det for storforbrugerisens vedkommende gælder, at den på flere punkter adskiller sig fra industrielt fremstillet småis.

- 46 For så vidt angår den håndværksmæssigt fremstillede is bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at denne form for is normalt udbydes til salg på produktionsstedet eller i nærheden heraf. Den er således ikke omfattet af de omtvistede leveringsaftaler, idet håndværksmæssigt fremstillet is hverken udbydes eller efterspørges af de forskellige former for detailhandlere, hvilket ikke er bestridt af sagsøgeren. Under disse omstændigheder findes vurderingen af de virkninger for konkurrencen, de omtvistede leveringsaftaler kan have, navnlig i relation til adgangen til detailhandelen, ikke at ville være anderledes, såfremt man anså denne form for is for omfattet af produktmarkedet. Kommissionen har derfor med rette holdt den uden for produktmarkedet.
- 47 For så vidt angår den industrielt fremstillede storforbrugeris til udmåling i enkeltportioner, dvs. »scooping-isen«, bemærkes, at der i betragtning 84, 85 og 86 til beslutningen er angivet tre grunde til, at denne form for is er holdt uden for produktmarkedet. For det første anføres det i beslutningen, at detailhandelen har forskellige distributionsfunktioner, som er betinget af de forskelligartede produkt egenskaber, og som medfører, at de to produktgruppers distributionskanaler kun berører hinanden perifert. For det andet hedder det i beslutningen, at den yderligere forarbejdningsproces, der kræves i forbindelse med »scooping-is«, nemlig udmålingen i portioner, medfører, at småis og »scooping-is« udelukkende udbydes sammen i nævneværdigt omfang inden for restaurationsbranchen. Levnedsmiddelhandelen og den traditionelle specialhandel, der sælger langt den største del af de industrielt fremstillede småis, er i øvrigt normalt ikke indrettet på at skulle sælge storforbrugeris. For det tredje nævnes det i beslutningen, at der også er produktions tekniske forskelle mellem de to produktkategorier.

48 Kommissionen er imidlertid ikke fremkommet med oplysninger, som godtgør, at der er tale om forskellige efterspørgselsstrukturer for de to produktkategorier — som omhandlet i dommen i sagen Michelin mod Kommissionen — der i sig selv kan begrunde, at markedet afgrænses således, at »scooping-is«, som sælges på offentlige steder, holdes udenfor. Der er ganske vist tale om forskellige distributionskanaler, men dette er i det foreliggende tilfælde ikke i sig selv tilstrækkeligt til at holde storforbrugeris, der udmåles i enkeltportioner med henblik på indtagelse uden tilknytning til en restaurationsmæssig tjenesteydelse, uden for markedet. Retten finder således, at sagsøgeren med rette har gjort gældende, at den udmåling i enkeltportioner, en handlende inden for den traditionelle handel foretager, ikke udgør en restaurationsmæssig tjenesteydelse som omhandlet i Delimitis-dommen. Desuden har Kommissionen ikke godtgjort, at udmålingen i portioner påvirker forbrugerens valg mellem »scooping-is« og småis på de salgssteder, hvor disse former for is udbydes sammen, dvs. på offentlige steder. Kommissionen har således selv anført, at de to former for is ud fra forbrugerens synsvinkel er ensartede produkter (jf. ovenfor, præmis 41). Endvidere findes den omstændighed, at der kan være en produktionsteknisk forskel mellem de to produkter, ikke i sig selv at være tilstrækkelig til, at der kan sondres mellem to særskilte markeder, da den pågældende forskel ikke tillægges afgørende vægt af forbrugeren.

49 Endvidere bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at »scooping-is« også — i hvert fald for en dels vedkommende — sælges på offentlige steder uden at være en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, dvs. i den traditionelle specialhandel. Det fremgår endvidere af sagsakterne, at ikke blot kiosker, men også bagerforretninger/konditorier, slikbutikker, iskiosker, biografer, svømmehaller og tankstationer har det nødvendige udstyr til at sælge »scooping-is«, idet disse salgssteder samtidig er i stand til at tilbyde småis. Kommissionen har — i det mindste indirekte — under den skriftlige forhandling anerkendt, at en del af storforbrugeren tilbydes som »scooping-is« til umiddelbar indtagelse uden at være en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse.

- 50 Spørgsmålet er herefter, om Kommissionen burde have medtaget den del af storforbrugerisen, der udmåles i enkeltportioner og sælges i konkurrence med småis på offentlige steder fra forskellige former for salgssteder, idet disse to produktkategorier er indbyrdes substituerbare ud fra forbrugerens synspunkt. Det fremgår imidlertid af betragtning 140 til beslutningen, som sagsøgeren ikke har anfægtet, at storforbrugeris inden for den traditionelle handel distribueres i henhold til eksklusive købsaftaler. Retten finder på den baggrund, at beslutningen om at holde »scooping-is« uden for det relevante marked, ikke i væsentlig grad har ændret vurderingen af de omtvistede leveringsaftalers virkninger for konkurrencen, navnlig med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt adgangen til markedet var lukket eller i betydeligt omfang hindret som følge af aftalerne. Beslutningen bør således efter Rettens opfattelse ikke annulleres, fordi »scooping-isen« er holdt uden for det relevante marked.
- 51 Sagsøgerens kritik af afgrænsningen af produktmarkedet kan herefter ikke tiltrædes.

Det geografiske marked

— Sammenfatning af parternes argumentation

- 52 Sagsøgeren har gjort gældende, at hvis man følger selskabets definition af produktmarkedet som værende markedet for konsumis i vid forstand, kan det geografiske marked heller ikke begrænses til det tyske marked, når henses til, at Kommissionen i beslutningen har taget hensyn til, at sagsøgeren, Langnese og Mars, ikke kun driver virksomhed i Tyskland, men også i adskillige andre lande, og da udviklingen af Fællesskabets indre marked i stigende grad vil reducere de eksisterende nationale forskelle.

53 Kommissionen har anført, at det geografiske marked er det tyske marked. Den har først gjort gældende, at sagsøgeren selv har anerkendt, at der fortsat består nationale forskelle. Endvidere er distributionen af konsumis, herunder de af sagsøgeren indgåede leveringsaftaler, udelukkende organiseret nationalt. Desuden varierer markedsstrukturerne og tilstedeværelsen på markedet fra medlemsstat til medlemsstat. Kommissionen har endelig tilføjet, at reglerne om fremstilling af konsumis ikke er harmoniserede.

— Rettens bemærkninger

54 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af beslutningen — som ikke er blevet anfægtet af sagsøgeren på dette punkt — at distributionen af industrielt fremstillet konsumis udelukkende er organiseret nationalt, og at de nationale særegenheder afspejles i de forskellige markedsstrukturer, sortimenter og priser. Det er ligeledes ubestridt, at de omtvistede aftaler indgås på nationalt plan. Når herudover henses til, at sagsøgeren ikke udtrykkeligt har bestridt, at det er relevant at afgrænse det geografiske marked til kun at omfatte det tyske marked, såfremt produktmarkedet defineres som værende markedet for industrielt fremstillet småis, finder Retten, at det er med rette og i overensstemmelse med retspraksis, at Kommissionen har lagt til grund, at det relevante geografiske marked er det tyske marked (jf. i denne retning *Delimitis-dommen*, nævnt ovenfor, præmis 18, og *Michelin-dommen*, nævnt ovenfor, præmis 25-28). Sagsøgerens kritik af afgrænsningen af det geografiske marked kan således ikke tiltrædes.

55 Det første led i anbringendet om en forkert afgrænsning af markedet må herefter forkastes.

Anbringendets andet led om de eksklusive købsaftalers virkninger for konkurrencen

Sammenfatning af parternes argumentation

- 56 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen, uanset hvorledes det relevante marked afgrænses, ikke har foretaget en tilstrækkelig grundig undersøgelse af markedet i overensstemmelse med de i Domstolens praksis opstillede principper. Sagsøgeren har til støtte herfor henvist til Delimitis-dommen, hvorefter eksisterende aftalekomplekser betydning for adgangen til markedet afhænger af antallet af salgssteder, der er bundet af forpligtelser, i forhold til antallet af frie salgssteder, af de indgåede forpligtelsers varighed samt af forholdet mellem de mængder af varer, der er berørt af forpligtelserne, og dem, der ikke er det.
- 57 Kommissionen kan ifølge sagsøgeren ikke begrænse sig til at fastslå, at selskabets leveringsaftaler dækker ca. (...) % (over 10 %) af salgsstederne på det relevante marked og af salget på dette marked.
- 58 Det fremgår nemlig ifølge sagsøgeren af Domstolens praksis, at der ved vurderingen af, om en eksklusiv købsaftale begrænser konkurrencen, ikke blot skal tages hensyn til de virkninger, der er direkte knyttet til den enkelte aftale, men også til den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i, og hvor den sammen med andre aftaler kan have en kumulativ virkning for konkurrencen. Den pågældende sammenhæng omfatter dels de aftaler, som samme producent har indgået med andre kunder (jf. dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, og af 19.4.1988, sag 27/87, Erauw-Jacquery, Sml. s. 1919), dels de lignende aftaler, som andre producenter har indgået med deres kunder (jf. Domstolens dom af 12.12.1967, sag 23/67, Brasserie de Haecht, Sml. 1965-1968, s. 421, org. ref.: Rec. s. 525, og af 28.2.1991, Delimitis, nævnt ovenfor). Desuden er den kumulative virkning af lignende aftaler på markedet kun én omstændighed blandt flere. Det er

ifølge sagsøgeren på grundlag af disse principper, at leveringsaftalernes virkninger for konkurrenternes adgang til markedet skal vurderes.

- 59 Sagsøgeren har herved under henvisning til det tyske marked for konsumis for det første anført, at bindingsgraden, dvs. mængden af småis, der sælges i henhold til de af Kommissionen anfægtede leveringsaftaler, er særdeles lav. Selv om den af Kommissionen foretagne afgrænsning af markedet lægges til grund, omfatter sagsøgerens konkurrenters eksklusive købsaftaler næppe mere end 18% af de på markedet solgte mængder. Den bindingsgrad, som de af sagsøgeren indgåede aftaler medfører, ligger kun på ca. (...)%. Den bindingsgrad på 30%, som Kommissionen har betegnet som acceptabel i sin *Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985, er således ikke overskredet. Sagsøgeren har tilføjet, at det er med urette, at Kommissionen har medregnet de mængder, der sælges gennem grossister, ved beregningen af bindingsgraden, da grossisterne indgår eksklusive købsaftaler i eget navn og for egen regning.
- 60 Sagsøgeren finder for det andet, at Kommissionen ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til leveringsaftalernes forholdsvis korte løbetid. Det fremgår af de omtvistede aftalers vilkår, at aftalerne kan opsiges til udgangen af hvert kalenderår efter udløbet af det andet år efter deres ikrafttrædelse. Således har to tredjedele af de på et givet tidspunkt løbende aftaler ifølge sagsøgeren en fast løbetid på mindre end et år. Desuden opsiges hvert år en tredjedel af alle de eksklusive købsaftaler, hvorefter enhver konkurrent har fri adgang til de pågældende salgssteder.
- 61 Under disse omstændigheder kan det eksisterende kompleks af eksklusive købsaftaler ifølge sagsøgeren ikke siges at lukke eller skabe hindringer for adgangen til den traditionelle specialhandel.

- 62 Kommissionen har i betragtning 68-71 til beslutningen først givet udtryk for, at den eksklusive købsforpligtelse, sagsøgeren pålægger forhandlerne, både begrænser konkurrencen mellem varer af samme mærke og konkurrencen mellem varer af forskellige mærker. På grund af dette aftalemæssige forbud må forhandleren ifølge Kommissionen se bort fra tilbud om varer fra andre leverandører. Efter Kommissionens opfattelse vanskeliggør eller forhindrer de eksklusive købsforpligtelser dannelsen af uafhængige distributionsstrukturer, som er nødvendige, hvis nye konkurrenter skal kunne komme ind på det pågældende marked, eller hvis en virksomhed skal kunne styrke en allerede opnået markedsposition. Aftalens påbud om udelukkende at indkøbe de varer, der er omfattet af aftalen, er samtidig et forbud mod at sælge konkurrerende varer. Kombinationen af disse to elementer forstærker i det foreliggende tilfælde den konkurrencebegrænsende virkning.
- 63 Kommissionen har dernæst i betragtning 105 til beslutningen anført, at sagsøgerens omsætning og den del af markedet, der er berørt af de omtvistede leveringsaftaler, klart overskrider de grænser, der er opstillet i bagatelmeddelelsen. Alene disse omstændigheder fører til den konklusion, at leveringsaftalerne mærkbart begrænser mulighederne for, at tyske konkurrenter og konkurrenter fra andre medlemsstater kan komme ind på det relevante marked eller forøge deres andel på dette marked, og at de derfor falder ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Der er efter Kommissionens opfattelse i det foreliggende tilfælde ikke grund til at undersøge virkningerne af tilsvarende aftalekomplekser, som andre virksomheder har indgået på det relevante marked.
- 64 Kommissionen har under såvel den skriftlige som den mundtlige forhandling tilføjet, at der i henhold til retspraksis kun skal tages hensyn til samtidigt eksisterende aftalekomplekseres kumulative virkninger, såfremt det kompleks af ensartede aftaler, der er indgået af den virksomhed, som er genstand for den konkurrenceretlige undersøgelse, ikke i sig selv opfylder betingelsen om en mærkbar påvirkning, (jf. dommene i sagerne Brasserie de Haecht og Delimitis, nævnt ovenfor).

- 65 Intervenienten, Mars, har anerkendt, at bindingsgraden ligger på mellem 25% og 30%, hvad enten Kommissionens eller sagsøgerens afgrænsning af markedet lægges til grund. Tallet afspejler imidlertid ikke de reelle markedsvilkår i den traditionelle handel, da beregningerne hviler på et gennemsnit.
- 66 Der bør efter Mars' opfattelse særlig ses på situationen inden for den traditionelle handel, da over 60% af alle småis sælges på dette marked, og da sagsøgeren kun har indgået leveringsaftaler på denne del af det relevante marked.
- 67 I den traditionelle handel var bindingsgraden i 1990 efter intervenientens beregninger over 70%. Desuden skal der ifølge Mars tages hensyn til sagsøgerens markedsandele og koncentrationsgraden. Sagsøgeren havde i 1992 en markedsandel på 33,4% for så vidt angår salg af småis i den traditionelle handel. Langnese's markedsandel var 60%. Disse to store producenter havde således tilsammen en markedsandel på over 90%. Der er ifølge Mars ingen tvivl om, at sagsøgeren og Langnese har en dominerende stilling på det pågældende marked. Det kan derfor ikke seriøst bestrides, at de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1.
- 68 Mars har i relation til sagsøgerens væsentligste argumenter om, hvorfor adgangen til den traditionelle specialhandel hverken er lukket eller hindret, for det første anført, at de mest interessante salgssteder ud fra et økonomisk synspunkt netop er bundet af eksklusive købsaftaler. For det andet er aftalernes faktiske løbetid meget længere end skønnet af sagsøgeren, idet den formentlig overstiger ti år. Detailhandlerne beslutter nemlig som regel ikke at opsigte deres aftaler.

- 69 Desuden har en ny konkurrent på markedet det problem, at der for den detailhandler, der er bundet af en eksklusivaf tale, er tale om en »alt eller intet-afgørelse«. De færreste handlende er parate til at give afkald på den dominerende virksomheds produkter og skifte til den nye konkurrents mindre kendte produkter.
- 70 Alene den omstændighed, at Mars inden for levnedsmiddeldetailhandelen efter eget udsagn for så vidt angår multipakninger, i forbindelse med hvilke der ikke findes nogen eksklusive købsaftaler, har en markedsandel på ca. 17%, som dermed er ti gange større end selskabets markedsandel med hensyn til salget af isbarer i den traditionelle handel (ca. 1,7%), er et tilstrækkeligt bevis for, at adgangen til den traditionelle handel er lukket.

Rettens bemærkninger

- 71 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i betragtning 68, 69 og 70 til beslutningen med rette har lagt til grund, at den i leveringsaftalerne indeholdte klausul, hvorefter detailhandleren forpligter sig til kun at forhandle varer, der er købt direkte hos sagsøgeren, både indeholder en eksklusiv købsforpligtelse og et konkurrenceforbud, som tilsammen kan medføre en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, såvel mellem varer af samme mærke som mellem varer af forskellige mærker.
- 72 Retten skal på den baggrund undersøge, om Kommissionen har godtgjort, at de omtvistede leveringsaftaler — som antaget i beslutningen — påvirker konkurrencen på markedet mærkbart.

3 Sagsøgeren har en stærk stilling på det relevante marked. Som det fremgår af beslutningen havde sagsøgeren i 1991 en samlet omsætning på (...) (over 1 mia.) DM, hvoraf (...) (over 900 mio.) DM hidrørte fra konsumis. Koncernen havde samme år en konsolideret omsætning på (...) (over 1,5 mia.) DM. Hertil kommer at koncernen Südzucker, som direkte eller indirekte kontrollerer 49% af kapitalen i det sagsøgende selskab, havde en omsætning på 4,54 mia. DM. Ifølge betragtning 31 og 35 til beslutningen var sagsøgerens andel af det relevante marked i 1991 ca. (...)% inden for levnedsmiddelhandelen og (...)% (over 25%) inden for den traditionelle handel. Sagsøgeren har under den mundtlige forhandling bekræftet sidstnævnte tal under den forudsætning, at Kommissionens afgrænsning af markedet lægges til grund. Hvad angår de omtvistede aftalers kvantitative betydning på det relevante marked bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at ca. (...)% (over 10%) af salgsstederne på hele dette marked som defineret af Kommissionen er bundet til sagsøgeren af sådanne aftaler, og at sagsøgerens salg gennem disse salgssteder ligeledes udgør ca. (...)% (over 10%) af det samlede salg på markedet.

74 Ifølge Kommissionen giver de sidstnævnte oplysninger tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at aftalerne mærkbart begrænser de muligheder, tyske konkurrenter og konkurrenter fra andre medlemsstater har for at etablere sig på det relevante marked eller øge deres andel heraf, uden at det er nødvendigt at undersøge den kumulative virkning af andre konsumisleverandørers tilsvarende aftalekomplekser, da den af de omtvistede aftaler berørte del af markedet, som allerede udgør ca. (...)% (over 10%) af det relevante marked, og de involverede virksomheders omsætning klart ligger over de grænser, der er opstillet i bagatelmeddelelsen.

75 Denne meddelelse sigter imidlertid kun mod at definere de aftaler, som ifølge Kommissionen ikke påvirker konkurrencen eller handelen mellem medlemsstater

mærkbart. Det kan efter Rettens opfattelse ikke på baggrund af meddelelsen med sikkerhed konkluderes, at et kompleks af eksklusive købsaftaler automatisk må siges at kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen mærkbart, allerede fordi de i meddelelsen fastsatte grænser er overskredet. I øvrigt viser selve ordlyden af meddelelsens punkt 3, at det i konkrete tilfælde absolut er muligt, at også aftaler mellem virksomheder, som overskrider de angivne grænser, kun påvirker handelen mellem medlemsstater eller konkurrencen i ubetydeligt omfang og som følge heraf ikke falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

- 76 I relation til spørgsmålet om, hvorvidt de eksklusivt købsaftaler falder ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, skal det i henhold til retspraksis undersøges, om vurderingen af alle lignende aftaler, der findes på det relevante marked, og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder omkring de pågældende aftaler fører til, at aftalerne tilsammen bevirker, at nye inden- og udenlandske konkurrenter hindres adgang til markedet. Såfremt undersøgelsen viser, at dette ikke er tilfældet, vil de enkelte aftaler, som aftalekomplekset består af, ikke kunne antages at begrænse konkurrencen, som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1. Fører undersøgelsen derimod til, at markedet er vanskeligt tilgængeligt, må det dernæst vurderes, i hvilket omfang de omtvistede aftaler bidrager til den kumulative virkning, idet det kun er de aftaler, der i væsentligt omfang bidrager til en eventuel afskærmning af markedet, der er forbudt (jf. *Delimitis-dommen*, præmis 23 og 24).

- 77 Endvidere bemærkes, at det ved vurderingen af en eksklusiv købsaftales virkninger — som fastslået af Domstolen i sagen *Brasserie de Haecht* (jf. ovenfor) — er nødvendigt at tage hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i, og hvor den sammen med andre aftaler kan have en kumulativ virkning for konkurrencen.

78 Det fremgår desuden af Domstolens praksis, at betydningen af et kompleks af eksklusive købsaftaler for adgangen til markedet navnlig afhænger af antallet af salgssteder, der således er kontraktligt bundet til producenter, i forhold til antallet af frie detailhandlere, af de mængder, der er omfattet af de pågældende forpligtelser, og af forholdet mellem disse mængder og dem, der sælges af detailhandlere, som ikke er bundet af købsforpligtelser. Desuden udgør den bindingsgrad, der følger af et kompleks af eksklusive købsaftaler — selv om den har en vis betydning ved bedømmelsen af afskærmningen af markedet — kun én omstændighed blandt flere i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori en aftale eller, som i det foreliggende tilfælde, et aftalekompleks skal bedømmes (jf. Delimitis-dommen, præmis 19 og 20).

79 Bindingsgraden, dvs. procentdelen af salgssteder, der er bundet af eksklusive købsaftaler, og af salget gennem disse salgssteder, skal efter Rettens opfattelse i det foreliggende tilfælde fastlægges under hensyntagen til mulighederne for at få adgang til detailhandlerne på hele det relevante marked, således som det er blevet afgrænset af Kommissionen, dvs. såvel den traditionelle handel som levedsmiddelhandelen, idet markedsafgrænsningen har til formål at fastlægge de rammer, inden for hvilke de omtvistede aftalers virkninger for konkurrencen skal bedømmes.

80 Retten skal herved først bemærke, at man — som anført ovenfor (præmis 73) — ud fra omfanget af salget af småis på det relevante marked når frem til en bindingsgrad på ca. (...) % (over 10%), som kan tilskrives de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler. Hvad angår den kumulative virkning af andre tilsvarende aftaler på markedet bemærkes dernæst, at de tilsvarende eksklusive købsaftaler, der er indgået af Langnese — den anden store isproducent i Tyskland — dækker ca. (...) % af det relevante marked.

81 Det kan herefter fastslås, at de to største producenters komplekser af eksklusive købsaftaler berører ca. (...) % af markedet, hvilket ligger over den bindingsgrad på

30%, som af Kommissionen blev betragtet som acceptabel ved fremsendelsen af den administrative skrivelse til sagsøgeren, som senere blev kommenteret i punkt 19 i *Den Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985.

- 82 Bindingsgraden er imidlertid som nævnt (jf. ovenfor, præmis 78) kun én omstændighed blandt flere i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori et aftalekompleks skal bedømmes. Der skal desuden foretages en undersøgelse af de bestående vilkår på markedet og navnlig af nye konkurrenters reelle og konkrete muligheder for at trænge ind på dette på trods af det eksisterende kompleks af eksklusive købsaftaler.
- 83 Kommissionen har i denne forbindelse henvist til, at der findes yderligere væsentlige hindringer for adgangen til markedet, såvel i levnedsmiddelhandelen som i den traditionelle handel. Det fremgår således af betragtning 100 og 134-137 til beslutningen, at nye konkurrenters adgang til markedet vanskeliggøres ved, at der findes en låneordning omfattende et stort antal frysekummer, som sagsøgeren stiller til rådighed for detailhandlere i såvel levnedsmiddelhandelen som den traditionelle handel (i 1991 i alt ca. (...), heraf (...) i den traditionelle handel og (...) i levnedsmiddelhandelen, jf. betragtning 57 til beslutningen) på den betingelse, at detailhandlerne forpligter sig til udelukkende at benytte dem til sagsøgerens varer.
- 84 Retten finder, 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. Hvis den ny konkurrent kun kan tilbyde et begrænset vareudvalg, hvilket er tilfældet for

intervenientens vedkommende, kan det desuden være vanskeligt for ham at overtale detailhandleren til at opsiges kontrakten med den tidligere leverandør.

- 85 Det fremgår desuden af sagens akter, at der inden for den traditionelle handel findes et stort antal selvstændige detailhandlere, hvis gennemsnitlige omsætning er forholdsvis beskeden. En ny konkurrent kan således kun oprette et rentabelt distributionssystem, hvis der inden for et bestemt geografisk område samles et stort antal detailhandlere, som kan få varerne leveret fra regionale depoter eller centrallagre. Den omstændighed, at der mangler et uafhængigt mellemed, medfører, at opsplitningen af efterspørgslen udgør en yderligere hindring for adgangen til markedet. Endelig har Kommissionen med rette taget hensyn til, at sagsøgerens varer sælges under nogle meget kendte mærker.
- 86 På den baggrund finder Retten, at de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler i lyset af de tilsvarende aftaler, der er indgået på det relevante marked, og de øvrige omstændigheder i den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalerne indgår i, som defineret ovenfor i præmis 83, 84 og 85, kan påvirke konkurrencen mærkbart, som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.
- 87 I betragtning af sagsøgerens stærke position på det relevante marked, navnlig selskabets markedsandel, finder Retten, at aftalerne i betydelig grad bidrager til en afskærmning af markedet.
- 88 På baggrund af det anførte er det således Rettens opfattelse, at Kommissionen med rette har lagt til grund, at de omtvistede aftaler medfører en mærkbar begrænsning af konkurrencen på de relevante marked.

89 Anbringendets andet led kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendets tredje led om Kommissionens påståede pligt til af foretage en opdeling af de enkelte aftaler, således at en del af dem ikke rammes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1

Sammenfatning af parternes argumentation

- 90 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen kun kan forbyde aftaler, der falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1, og kun såfremt begrænsningen af konkurrencen overskrider mærkbarhedstærsklen.
- 91 Ifølge sagsøgeren er en undersøgelse heraf særlig påkrævet i det foreliggende tilfælde, dels fordi Kommissionen også har forbudt de lignende eksklusive købsaftaler, som Langnese har indgået, og som der er taget hensyn til ved vurderingen af den kumulative virkning af ensartede aftaler, dels fordi det efter Rettens præsidents kendelse af 16. juni 1992 om foreløbige forholdsregler i den sag, der gik forud for nærværende sags anlæg (jf. ovenfor, præmis 7), havde været muligt at undersøge, om der, når der ses bort fra aftalerne med servicestationerne, er tale om, at klausulerne om eksklusivitet i de øvrige aftaler fortsat påvirker konkurrencen mærkbart.
- 92 Kommissionen har gjort gældende, at den ikke havde pligt til at fastlægge nogen tærskel, under hvilken de af sagsøgeren indgåede leveringsaftaler var forenelige med traktatens artikel 85.

- 93 Kommissionen har til støtte herfor i betragtning 107 til beslutningen anført, at den mærkbare påvirkning af konkurrencen har relation til alle de af sagsøgeren indgåede leveringsaftaler. Når der foreligger et kompleks af aftaler af samme art indgået af én og samme producent, må spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en mærkbar påvirkning, afgøres ud fra en samlet vurdering, idet det ikke er muligt at holde visse dele af aftalekomplekset udenfor. Traktatens artikel 85, stk. 1, tillader ikke, at enkeltaftaler eller aftalekomplekser opdeles på en sådan måde, at en »ikke-mærkbar« del holdes uden for det i bestemmelsen indeholdte forbud.
- 94 Kommissionen har i den forbindelse tilføjet, at sagsøgeren ikke har kunnet opstille kriterier, der kan danne grundlag for en opdeling af aftalerne. En sådan opdeling ville efter Kommissionens opfattelse være vilkårlig. Endvidere er traktatens artikel 85, stk. 2, af retssikkerhedsgrunde til hinder for en opdeling, især i forbindelse med aftalekomplekser.

Rettens bemærkninger

- 95 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at et kompleks af eksklusive købsaftaler indgået af en enkelt leverandør kan falde uden for forbuddet i artikel 85, stk. 1, såfremt det ikke sammen med alle lignende aftaler på markedet, herunder aftaler indgået af andre leverandører, i væsentlig grad bidrager til, at nye inden- og udenlandske konkurrenter hindres adgang til markedet (jf. Delimitationsdommen, præmis 23 og 24). Når der er tale om et kompleks af ensartede aftaler indgået af en enkelt producent, skal vurderingen af aftalekompleksets virkninger for konkurrencen således efter Rettens opfattelse omfatte alle de enkelte aftaler, komplekset består af. Desuden har Kommissionen med henblik på vurderingen af, om traktatens artikel 85, stk. 1, finder anvendelse, pligt til at undersøge de reelle forhold i det konkrete tilfælde, idet den ikke kan basere sig på hypotetiske situationer. Retten finder herved, at en opdeling af de omtvistede aftaler i forskellige hypotetiske kategorier i det foreliggende tilfælde — som anført af Kommissionen — vil kunne være vilkårlig.

- 96 Hvad dernæst angår spørgsmålet, om Kommissionen burde have undersøgt den konkurrencebegrænsende virkning af sagsøgerens aftalekompleks efter forbuddet mod Langnese's tilsvarende aftalekompleks, skal det blot bemærkes, at det følger af Delimitis-dommen, at såfremt Kommissionen — som i det foreliggende tilfælde — konstaterer, at alle ensartede aftaler, der findes på markedet, og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder fører til, at konkurrencen kan påvirkes mærkbart som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, og derefter med rette finder, at en producents leveringsaftaler i væsentligt omfang bidrager til denne afskærmning af markedet, falder den pågældende producents aftaler i det hele ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Den omstændighed, at Kommissionen samtidig forbyder en anden producents tilsvarende aftalekompleks, kan ikke ændre noget herved.
- 97 Hvad endelig angår Rettens præsidents kendelse af 16. juni 1992, jf. ovenfor, som sagsøgeren har påberåbt sig til støtte for sine argumenter, bemærkes, at den pågældende kendelse, hvorved gennemførelsen af Kommissionens beslutning af 25. marts 1992 blev udsat, undtagen for så vidt angår de salgssteder på servicestationer, som var bundet af eksklusive købsaftaler med sagsøgeren og Langnese, blev afsagt i en sag om foreløbige forholdsregler. Den foreløbige forholdsregel, som blev truffet ud fra en afvejning af parternes forskellige interesser, skulle udelukke risikoen for et alvorligt og uopretteligt tab for så vel Mars som sagsøgeren. Kendelsen havde således et særligt formål, og den findes derfor ikke at kunne påberåbes til støtte for, at Kommissionen havde pligt til at opdele de enkelte aftaler med henblik på vurderingen af, om de faldt ind under traktatens artikel 85, stk. 1.
- 98 Retten finder således, at et kompleks af ensartede aftaler skal vurderes samlet, og at Kommissionen derfor med rette ikke foretog en opdeling af aftalerne. Det pågældende led i anbringendet må dermed forkastes.
- 99 Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3

- 100 Sagsøgeren har for det tilfælde, at de omtvistede aftaler må anses for at falde ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, gjort gældende, at aftalerne enten er omfattet af en gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 1984/83 eller burde kunne gives en individuel fritagelse. Anbringendet indeholder tre led. Sagsøgeren finder for det første, at Kommissionen ikke kunne fravige den vurdering, den havde anlagt i den administrative skrivelse efter anmeldelsen af de omtvistede aftaler i 1985. Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at de omtvistede aftaler ikke — som det med urette er lagt til grund af Kommissionen — er indgået for et ubestemt tidsrum, som omhændlet i artikel 3, litra d) i forordning nr. 1984/83, og at de derfor ikke er omfattet af fritagelsen i henhold til denne forordning. Endelig har sagsøgeren for det tredje anført, at afvisningen af at give en individuel fritagelse udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3.

Anbringendets første led om Kommissionens påståede pligt til ikke at fravige den vurdering, den havde anlagt i den administrative skrivelse

Sammenfatning af parternes argumentation

- 101 Sagsøgeren har til støtte for argumentet om, at Kommissionen ikke i relation til spørgsmålet om anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 3, kunne fravige den vurdering, den havde anlagt i den administrative skrivelse, som Kommissionen havde sendt til sagsøgeren, gjort gældende, at fremsendelsen af en administrativ skrivelse ikke kan stille de virksomheder, der modtager skrivelsen, dårligere, end hvis de havde opnået en formel beslutning fra Kommissionens side. Sagsøgeren har herved under henvisning til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 understreget, at Kommissionen kun kan tilbagekalde eller ændre en formel beslutning om fritagelse, såfremt de faktiske forhold har ændret sig på et for beslutningen væsentligt punkt, eller

såfremt beslutningen hviler på urigtige oplysninger eller er fremkaldt ved svig. Ifølge sagsøgeren indebærer bestemmelsen navnlig, at en ændring af den retlige vurdering ikke giver tilstrækkeligt grundlag for at tilbagekalde en beslutning om fritagelse. Sagsøgeren har tilføjet, at der også gælder en sådan begrænsning i relation til den vurdering, der er anlagt i et »comfort letter«.

102 Med hensyn til det af Kommissionen i betragtning 149 og 150 til beslutningen anførte har sagsøgeren anført, at redegørelsen for de faktiske omstændigheder i anmeldelsen var fuldstændig og i overensstemmelse med de dagældende regler. Desuden har de faktiske forhold ikke ændret sig væsentligt siden fremsendelsen af den administrative skrivelse i 1985.

103 Sagsøgeren har endvidere anført, at selskabet i sin anmeldelse redegjorde for alle de omstændigheder, som Kommissionen fortsat anser for væsentlige, nemlig markedsandelene og de mængder, der blev solgt gennem de salgssteder, som var bundet af eksklusive købsaftaler. Sagsøgeren har henvist til, at selskabet var nået frem til en bindingsgrad på 17% for hele markedet for industrielt fremstillet is. Hvis Kommissionen dengang — ligesom nu — havde begrænset ismarkedet til markedet for industrielt fremstillet småis, ville den ud fra de af sagsøgeren givne oplysninger kunne have konstateret, at bindingsgraden var højere end de af sagsøgeren angivne 17%. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen må have gjort sig sådanne overvejelser på daværende tidspunkt, eftersom den i sin *Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985 taler om en bindingsgrad på 30%.

104 Kommissionen kan ifølge sagsøgeren heller ikke begrunde en genoptagelse af proceduren med Mars' indtræden på markedet. Når Kommissionen undersøger eksklusive købsaftaler og når frem til, at de kan tillades, må man kunne gå ud fra, at vurderingen er foretaget under hensyntagen til spørgsmålet om, hvorvidt eksisterende eller potentielle konkurrenters adgang til markedet er lukket, eller om

deres ekspansionsmuligheder på markedet i praksis er begrænsede. Mars' klage burde således have været behandlet i forbindelse med undersøgelsen i 1985, hvis denne ellers var blevet gennemført på korrekt vis.

105 Da Kommissionen ifølge sagsøgeren ikke har godtgjort, at de faktiske forhold siden fremsendelsen af den administrative skrivelse har ændret sig på et for beslutningen væsentligt punkt, er den bundet af den vurdering, den anlagde i nævnte skrivelse.

106 Kommissionen har indledningsvis anført, at den under de foreliggende omstændigheder ikke er bundet af den administrative skrivelse. Den har herved gjort gældende, at »comfort letters« ikke kan have en større bindende virkning end de formelle beslutninger, de ud fra et funktionelt synspunkt træder i stedet for ved anvendelse af konkurrencereglerne i praksis. Kommissionen har henvist til, at den i henhold til artikel 8, stk. 3, litra a), i forordning nr. 17 kan tilbagekalde eller ændre en formel beslutning om fritagelse, »såfremt de faktiske forhold har ændret sig på et for beslutningen væsentligt punkt«. Kommissionen har understreget, at den administrative skrivelse blev fremsendt, uden at der officielt var indledt en procedure, uden offentliggørelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 og uden forudgående høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål. Kommissionen har tilføjet, at skrivelsen, der var baseret på en foreløbig undersøgelse, i overensstemmelse med fast praksis indeholdt et udtrykkeligt forbehold om en genoptagelse af proceduren, »såfremt det retlige eller faktiske grundlag for den anlagte vurdering ændres væsentligt«.

107 Kommissionen finder det på den baggrund berettiget, at den i betragtning 149 til beslutningen har antaget, at proceduren burde genoptages med den begrundelse, at redegørelsen for de faktiske omstændigheder i anmeldelsen var ufuldstændig, idet der hverken var henvist til aftalen om gensidig anerkendelse af de eksklusive købsaftaler inden for Fachsparte Eiskrem eller til betydningen og omfanget af

begrænsningerne i adgangen til at benytte de frysekummer, der opstilles i levnedsmiddelhandelen, hvilket ville have gjort det muligt for Kommissionen at afdække yderligere hindringer for adgangen til markedet.

- 108 Kommissionen har i betragtning 150 til beslutningen tillige anført, at Mars' og Jacob Suchard's indtræden på markedet er nye faktiske forhold, som berettiger en genoptagelse af proceduren, da det netop er Mars' erfaringer, der har vist, at der er sket en afskærmning af markedet, og dermed givet anledning til en ny undersøgelse.
- 109 I øvrigt har Kommissionen i medfør af de proceduremæssige garantier, der er hjemlet i artikel 3 i forordning nr. 17 og i artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2 i forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42), pligt til at foretage en grundig undersøgelse af alle de faktiske oplysninger og retlige betragtninger, klagerne fremkommer med (jf. Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223). Sagsøgeren har således med urette gjort gældende, at den administrative skrivelse nødvendigvis måtte føre til en afvisning af Mars' klage.

Rettens bemærkninger

- 110 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at en administrativ skrivelse som den, der blev sendt til sagsøgeren efter anmeldelsen af selskabets leveringsaftaler i 1985, hverken udgør en beslutning om en negativattest eller en beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, som omhandlet i artikel 2 og 6 i forordning nr. 17, idet den administrative skrivelse ikke er udfærdiget i overensstemmelse med denne forordnings bestemmelser (jf. Domstolens domme af 10.7.1980, henholdsvis i de forenede sager 253/78, 1/79, 2/79 og 3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, i sag 37/79, Marty, Sml. s. 2481, og i sag 99/79, Lancôme og Cosparfrance, Sml. s. 2511, samt dom af 11.12.1980, sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775). I de anførte sager

lagde Domstolen vægt på, at de omhandlede administrative skrivelser var blevet færdigbehandlet uden den offentliggørelse, som foreskrives i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, og at der heller ikke var sket nogen offentliggørelse i henhold til forordningens artikel 21, stk. 1.

- 111 Endvidere bemærkes, at der er tale om en skrivelse, hvorved sagsøgeren blev gjort bekendt med, at Kommissionen ikke fandt anledning til at skride ind over for de omhandlede aftaler, idet disse under de foreliggende omstændigheder var forenelige med traktatens konkurrenceregler, og at sagen derfor kunne henlægges. I den henseende finder Retten, at den omstændighed, at Kommissionen nævnte den administrative skrivelse og fremsatte visse bemærkninger hertil i sin *Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985, ikke ændrer skrivelserens retlige karakter.
- 112 Endelig bemærkes, at Kommissionen i sit indlæg under den mundtlige forhandling har oplyst, at den på daværende tidspunkt alene foretog en foreløbig undersøgelse af markedsvilkårene, som i det væsentlige var baseret på de oplysninger, den havde modtaget fra sagsøgeren, også for så vidt angår de oplysninger, der førte til afgrænsningen af det relevante marked og til beregningen af bindingsgraden. Desuden forbeholdt Kommissionen sig i denne forbindelse i den administrative skrivelse ret til at genoptage proceduren, såfremt det retlige eller faktiske grundlag for Kommissionens vurdering måtte ændre sig væsentligt. Et sådant forbehold er i øvrigt i overensstemmelse med Kommissionens administrative praksis på området.
- 113 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de faktiske omstændigheder har ændret sig væsentligt siden fremsendelsen af den administrative skrivelse, bemærkes for det første, at det fremgår af sagens akter, at to nye konkurrenter, nemlig Mars og Jacobs Suchard, senere er trådt ind på markedet. Det er i øvrigt ubestridt, at der for intervenienten Mars' vedkommende er tale om en særlig konkurrent, der kun

tilbyder et begrænset vareudvalg, og som har valgt en anden salgspolitik end sine væsentligste konkurrenter. For det andet bemærkes, at Kommissionen efter indgivelsen af Mars' klage fik kendskab til, at der, navnlig inden for levnedsmiddelhandelen, fandtes yderligere hindringer for adgangen til markedet, som i relation til sagsøgeren var baseret på den forpligtelse, selskabet pålagde detailhandlerne til udelukkende at opbevare selskabets produkter i de frysekummer, det stillede til rådighed.

- 114 Efter Rettens opfattelse er der herved tale om nye forhold, der, navnlig på baggrund af intervenientens konkrete problemer, gjorde det berettiget at foretage en mere dybtgående og nøje undersøgelse af betingelserne for adgangen til markedet end den, der var foretaget forud for fremsendelsen af den administrative skrivelse. Retten finder således, at skrivelsen ikke forhindrede Kommissionen i at genoptage proceduren med henblik på at vurdere, om de omtvistede leveringsaftaler i det konkrete tilfælde var forenelige med konkurrencereglerne.
- 115 Dette er desuden i overensstemmelse med Kommissionens forpligtelse i medfør af de proceduremæssige garantier, der er hjemlet i artikel 3 i forordning nr. 17 og i artikel 6 i forordning nr. 99/63, til at foretage en grundig undersøgelse af de faktiske oplysninger og retlige betragtninger, en klager fremkommer med, med henblik på at vurdere, om der på baggrund heraf kan siges at foreligge en adfærd, der kan fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet og påvirke handelen mellem medlemsstater (jf. dommen i sagen Automec mod Kommissionen, præmis 79, nævnt ovenfor).
- 116 Anbringendets første led må herefter forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens anmeldelse var ufuldstændig.

Anbringendets andet led om, at de omtvistede aftaler er omfattet af en gruppefritagelse

Sammenfatning af parternes argumentation

- 117 Sagsøgeren har i denne forbindelse gjort gældende, at aftalerne ikke er indgået »for et ubestemt tidsrum«, jf. artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83, således som det er lagt til grund af Kommissionen.
- 118 Når en aftale i første omgang er indgået for et bestemt tidsrum og ved udløbet heraf forlænges med et bestemt tidsrum, nemlig et år, er tidspunktet for aftalens udløb ifølge sagsøgeren ikke uvist, men derimod fastsat. Sagsøgeren har anført, at artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83 ikke udelukker, at aftaler, der er indgået for et bestemt tidsrum, kan fornys for en ny periode, hver gang de udløber. Det er ifølge sagsøgeren uden betydning, at forlængelsen af aftalen sker automatisk eller udelukkende ved en udtrykkelig erklæring fra forhandlerens side, idet det er ubestridt, at parterne har ret til at bringe aftalerne til ophør efter udløbet af en bestemt periode.
- 119 Sagsøgeren har herved tilføjet, at Kommissionen ikke kan fratage selskabet retten til at påberåbe sig gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83, da Kommissionen ikke har ladet det fremgå af beslutningens dispositive del, at den lod fordelene ved fritagelsen bortfalde i medfør af forordningens artikel 14.
- 120 Kommissionen har gjort gældende, at leveringsaftalerne — som anført af Kommissionen i betragtning 112 til beslutningen — ikke kan opnå en gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 1984/83, da aftaler af typen »aftaler med en fast løbetid på maksimalt to år og efterfølgende automatisk forlængelse« er indgået »for et ubestemt tidsrum«, jf. artikel 3, litra d), i den nævnte forordning. Deres udløbstidspunkt afhænger af en uvis fremtidig hændelse, nemlig af en af parternes initiativ.

Ifølge Kommissionen er en sådan fortolkning af artikel 3, litra d), i øvrigt i overensstemmelse med punkt 39 i meddelelsen vedrørende Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 og (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af henholdsvis eneforhandlingsaftaler og eksklusive købsaftaler (EFT 1984 C 101, s. 2).

- 121 Kommissionen har understreget, at sagsøgeren under alle omstændigheder ikke kan påberåbe sig forordning nr. 1984/83, da Kommissionen har afvist at give selskabet en individuel fritagelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 17. Dette resultat følger af karakteren af gruppefritagelsesforordninger, idet en gruppefritagelse ikke forudsætter, at det i hvert enkelt tilfælde undersøges, om de i traktaten opstillede betingelser for en fritagelse faktisk er opfyldt. Det følger heraf, at en beslutning om at afvise at give en individuel fritagelse, som er truffet efter en konkret vurdering af de omhandlede aftaler på grundlag af betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, er til hinder for, at sagsøgeren kan påberåbe sig en gruppefritagelse.

Rettens bemærkninger

- 122 Idet det bemærkes, at de i denne sag omhandlede aftaler under alle omstændigheder er indgået for et ubestemt tidsrum, som omhandlet i forordningens artikel 3, litra d), hvorfor de ikke kan drage fordel af gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83, findes det uforholdsmæssigt at tage stilling til spørgsmålet, om sagsøgeren kan påberåbe sig en gruppefritagelse, fordi Kommissionen ikke har ladet det fremgå af beslutningens dispositive del, at den lod fordelene ved gruppefritagelsen bortfalde i medfør af forordningens artikel 14.
- 123 Det fremgår således af ordlyden af artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83, at gruppefritagelsen i henhold til forordningen ikke finder anvendelse, når den

pågældende aftale er indgået for et ubestemt tidsrum. Der er efter Rettens opfattelse i den henseende i praksis ingen forskel mellem en aftale, som udtrykkeligt er indgået for et ubestemt tidsrum med mulighed for at opsige aftaleforholdet — en aftaleform, der i henhold til artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83 er holdt uden for den ved forordningen indrømmede gruppefritagelse — og en aftale, der som den i det foreliggende tilfælde omhandlede efter to år er genstand for stiltiende forlængelser, så længe den ikke opsiges af en af parterne. I begge tilfælde er parterne ikke tvunget til, men har — hvis de ønsker det — fri adgang til at tage deres aftaleforhold op til fornyet overvejelse og vurdere andre muligheder på markedet. En sådan undersøgelse, som artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83 har til formål at gennemtvunge, kan føre til, at nye konkurrenter får adgang til detailhandlere, der er frigjort for enhver forpligtelse. Desuden bemærkes, at det — som anført af Kommissionen i betragtning 113 til beslutningen — ved en konkurrence-retlig vurdering af aftalerne er afgørende, at løbetiden ikke er fast, da den afhænger af, at en af aftaleparterne tager et initiativ.

- 124 De aftaler, der forlænges stiltiende og som kan løbe i mere end fem år, må herefter anses for at være indgået for et ubestemt tidsrum, og de kan derfor ikke drage fordel af gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83. Anbringendets andet led kan således ikke tiltrædes.

Anbringendets tredje led om, hvorvidt leveringsaftalerne opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3

Sammenfatning af parternes argumentation

- 125 Sagsøgeren har gjort gældende, at der bør gives en individuel fritagelse for leveringsaftalerne, eftersom de opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3.

- 126 Sagsøgeren har anført, at leveringsaftalerne medfører en forbedring af distributionen af konsumis. Det er nemlig aftalerne, der skaber mulighed for regelmæssige leverancer i hele Tyskland, selv til de små salgssteder. Sagsøgeren har herved gjort gældende, at selskabet uden de omtvistede aftaler af omkostningsgrunde ville være nødsaget til at standse leverancerne til ca. 42% af sine kunder, idet disse kunders årlige salg er for beskedent. Efter sagsøgerens opfattelse ville leverancerne til de små salgssteder ikke bliver overtaget af lokale producenter eller grossister, således som det er lagt til grund af Kommissionen. Hvad angår grossisterne har sagsøgeren tilføjet, at disse næppe vil være interesserede i at sikre regelmæssige leverancer i hele Tyskland til de små salgssteder, idet grossisterne kun sælger is som en supplerende vare til kunder, som køber andre dybfrostvarer i store mængder, med henblik på at komplettere disse kunders vareudvalg.
- 127 Desuden har Kommissionen ifølge sagsøgeren ikke i beslutningen taget tilstrækkeligt hensyn til nødvendigheden af at have en frysekumme for at kunne sælge konsumis. Såfremt detailhandlerne ikke selv kan eller vil købe frysekummerne, kan producenten eventuelt stille disse til rådighed, på betingelse af, at han kan opnå sikkerhed for, at der gennem leverancerne til salgsstedet kan opnås en given minimumsomsætning. Dette forudsætter, at det pågældende salgssted er bundet af en eksklusiv købsaftale. Sagsøgeren finder, at det forhold, at der stilles frysekummer til rådighed for detailhandlerne, medfører en åbning af markedet.
- 128 Sagsøgeren har dernæst gjort gældende, at der på markedet, således som det er blevet afgrænset af Kommissionen, hersker en konkurrence, som sikrer, at fordelene videregives til forbrugerne, idet leveringsaftalerne kun fører til en bindingsgrad på ca. 30%, og da forpligtelserne også er tidsmæssigt begrænsede. Desuden kan forbrugerne som følge af sagsøgerens distributionssystem drage fordel af et stort antal salgssteder for konsumis i hele Tyskland og af et komplet vareudvalg på disse salgssteder. Uden de omtvistede aftaler ville enhver producent være nødsaget til udelukkende at tilbyde detailhandelen de mest efterspurgte artikler.

- 129 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at de eksklusive købsaftaler på ingen måde udelukker konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 3, litra b). Sagsøgeren har herved anført, at det er med urette, at Kommissionen under henvisning til dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, jf. ovenfor, har tilkendegivet, at den omstændighed, at der ikke findes en effektiv konkurrence på markedet, er tilstrækkelig til, at den negative betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3, litra b), er opfyldt. Dommens generelle kontekst viser nemlig, at betingelsen kun kan siges ikke at være opfyldt, såfremt enhver realistisk mulighed for konkurrence i det væsentlige er fjernet, hvilket der ikke er tale om i det foreliggende tilfælde.
- 130 Sagsøgeren finder under alle omstændigheder, at der findes en »effektiv konkurrence« på det relevante marked. Selskabet har herved anført, at Kommissionen i forbindelse med sin undersøgelse ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til de salgssteder inden for levnedsmiddelhandelen, der ikke er bundet af nogen form for forpligtelser, og gennem hvilke omkring 39% af det samlede salg finder sted. Desuden er en bindingsgrad på under 30% ikke tegn på en »udelukkelse« af konkurrencen. Alene den omstændighed, at to producenter har store andele af et marked eller af et markedssegment, giver ikke formodning for, at konkurrencen er udelukket eller begrænset.
- 131 Kommissionen har gjort gældende, at de i traktatens artikel 85, stk. 3, opstillede betingelser for en individuel fritagelse ikke er opfyldt.
- 132 Kommissionen har i den henseende anført, at leveringsaftalerne ikke bidrager til at forbedre fordelingen af varerne, jf. artikel 85, stk. 3, idet aftalerne ikke indebærer objektive og konkrete fordele for almenheden, der kan opveje de ulemper, som aftalerne medfører for konkurrencen, jf. Domstolens dom af 13. juli 1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen (Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429).

- 133 Kommissionen finder, under hensyntagen til sagsøgerens stærke stilling på markedet, at de fordele, der kan være forbundet med eksklusive købsaftaler, nemlig en styrkelse af konkurrencen mellem varer af forskellige mærker, ikke kan konstateres i det foreliggende tilfælde. Konkurrencen på markedet begrænses tværtimod af, at der findes et kompleks af eksklusive købsaftaler, som udgør en væsentlig hindring for adgangen til markedet, og sagsøgerens stilling i forhold til selskabets konkurrenter bliver som følge heraf styrket betydeligt. I øvrigt finder Kommissionen, at de regelmæssige forsyninger til forbrugerne i hele Tyskland ikke vil blive bragt i fare, såfremt de eksklusive købsaftaler opgives.
- 134 Kommissionen har dernæst gjort gældende, at den omstændighed, at de eksklusive købsaftaler fører til et ensartet og gennemskueligt distributionssystem, ikke giver grundlag for at antage, at brugerne får rimelig andel i fordelene ved aftalerne. Virksomhederne er nemlig ikke tvunget til at videregive de fordele, der opstår som følge af aftalerne, hvis der ikke er en effektiv konkurrence. Desuden begrænser aftalerne forbrugerens valgmuligheder, idet de salgssteder, der er bundet af aftalerne, kun har en bestemt producents udvalg af is.
- 135 Endelig finder Kommissionen, at den negative betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3, litra b), er opfyldt, da der ikke findes en effektiv konkurrence på det relevante marked. Hvad angår levnedsmiddelhandelen, har Kommissionen gjort gældende, at den stærke stilling, som sagsøgeren og Langnese, der tilsammen står for mere end to tredjedele af salget gennem denne distributionskanal, har, og koncentrationen af efterspørgslen udgør en væsentlig hindring for adgangen til markedet. Hvad angår den traditionelle handel, vanskeliggøres adgangen til markedet i stort omfang af den kumulative virkning af alle bestående eksklusive købsaftaler. Kommissionen skønner herved, at ca. (...) % (over 55 %) af det samlede salg inden for den traditionelle handel sker ved hjælp af eksklusive købsaftaler. Desuden finder Kommissionen, at låneordningen med frysekummer, der stilles til rådighed af sagsøgeren og Langnese på hele markedet, også medfører begrænsninger af konkurrencen.

- 136 Intervenienten, Mars, har bestridt, at indgåelse af eksklusive købsaftaler og oprettelse af producentens eget distributionssystem er nødvendige forudsætninger for en effektiv og rationel distribution af industrielt fremstillet konsumis. Det er nemlig et absolut særtilfælde, at producenter har sådanne distributionssystemer, idet de såkaldte »impulsvarer« som hovedregel leveres af producenten til grossisterne centrallagre, hvorefter grossisterne samler ordrene fra de forskellige salgssteder og leverer varerne til disse. Ifølge Mars' oplysninger har sagsøgeren kun i Tyskland, Danmark og Italien indgået aftaler om salgsstedseksklusivitet.
- 137 Sagsøgeren har ifølge Mars ikke ret i, at grossisterne hverken vil eller kan forsyne den traditionelle handel. Hvis grossisterne ikke er i stand til at forsyne det antal salgssteder, der er nødvendigt for en rationel distribution, skyldes dette ifølge Mars de omtvistede eksklusive købsaftaler, som binder et stort antal salgssteder.
- 138 Det af sagsøgeren anvendte system medfører, at nye konkurrenter næsten fuldstændigt hindres adgang til markedet for de såkaldte »impulsis«, hvor der opnås meget store fortjenester. Mars har endelig anført, at det følger af Domstolens praksis, at den omstændighed, at en virksomhed har skabt et marked, ikke giver den ret til at opretholde sin position på markedet ved at indgå eksklusive købsaftaler (jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor).

Rettens bemærkninger

- 139 Med henblik på vurderingen af, om Kommissionen var berettiget til at afvise at meddele en individuel fritagelse, bemærkes indledningsvis, at der kun kan meddeles en individuel fritagelse, hvis den omhandlede aftale opfylder alle de fire

betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, og at en anmodning om fritagelse således skal afvises, når blot en af de fire betingelser ikke er opfyldt (jf. f.eks. Rettens dom af 15.7.1994, sag T-17/93, Matra Hachette mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 104).

- 140 Endvidere bemærkes, at Kommissionen på dette område råder over et vidt skøn. Kommissionens enekompetence i henhold til artikel 9 i forordning nr. 17 til at meddele en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, indebærer nødvendigvis, at der skal foretages nogle vanskelige økonomiske vurderinger. Domstolskontrollen med disse vurderinger skal foretages under henyn til deres karakter og begrænse sig til en undersøgelse af rigtigheden af de faktiske omstændigheder og af Kommissionens retlige subsumtion af de faktiske omstændigheder. Domstolskontrollen retter sig således først og fremmest mod beslutningernes begrundelse, hvoraf det skal fremgå, hvilke kendsgerninger og overvejelser de nævnte vurderinger er baseret på (jf. dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt ovenfor). Disse principper, som er fastslået i retspraksis, skal danne grundlag for undersøgelsen af, om beslutningen bygger på et urigtigt faktisk grundlag eller hviler på en urigtig retsopfattelse eller på et åbenbart urigtigt skøn (jf. dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, nævnt ovenfor, præmis 104).

- 141 Det fremgår desuden af fast retspraksis, at såfremt der anmodes om en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, påhviler det i første række de berørte virksomheder for Kommissionen at fremlægge dokumentation, der kan bevise, at aftalen opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. f.eks. Domstolens dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, og af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19).

142 For så vidt angår den første af de fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, bemærkes, at der i medfør af bestemmelsen kan indrømmes fritagelse for aftaler, »som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling«. Det fremgår i den forbindelse af Domstolens praksis, at man ikke kan anse enhver fordel, som aftalen medfører for parternes produktions- eller distributionsvirksomhed, for en sådan forbedring. En forbedring skal navnlig indebære mærkbare objektive fordele, som kan opveje de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen (jf. dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt ovenfor).

143 I det foreliggende tilfælde er denne første betingelse behandlet i betragtning 115-121 til beslutningen. Selv om det fremgår af femte betragtning til forordning nr. 1984/83, at eksklusive købsaftaler i almindelighed medfører en forbedring af distributionen, idet de gør det muligt for leverandøren at planlægge afsætningen af sine varer mere nøjagtigt og længere tid i forvejen og sikre videreforhandleren en regelmæssig dækning af hans behov i aftaleperioden, og selv om det antages, at sagsøgeren af omkostningsgrunde vil være nødt til at indstille leveringen til bestemte små salgssteder, hvis selskabet forpligtes til at give afkald på de eksklusive købsaftaler med disse, finder Kommissionen, at de omtvistede aftaler ikke medfører objektive og konkrete fordele for almenheden, som kan opveje de ulemper for konkurrencen, der er forbundet med dem.

144 Kommissionen har til støtte herfor for det første anført, at de omtvistede aftaler i betragtning af sagsøgerens stærke stilling på det relevante marked ikke — som forudsat i sjette betragtning til forordning nr. 1984/83 — stimulerer konkurrencen mellem varer af forskellige mærker. Kommissionen har nemlig med rette lagt til grund, at det omhandlede aftalekompleks er en vigtig hindring for adgangen til markedet, som begrænser konkurrencen.

- 145 Det fremgår for det andet af betragtning 120 til beslutningen, at Kommissionen har lagt til grund, at de små salgssteder, som sagsøgeren eventuelt måtte indstille sine leverancer til af omkostningsgrunde, vil kunne få deres forsyninger fra andre leverandører, f.eks. små lokale producenter, eller gennem uafhængige mellemmand, som kan tilbyde flere vareudvalg. Endvidere har Kommissionen henvist til, at sagsøgeren selv har oplyst, at selskabet fortsat leverer til endog meget små salgssteder med en årlig omsætning på omkring 300 DM, såfremt de har en gunstig geografisk placering.
- 146 Der henvises i denne forbindelse til, at intervenienten, Mars, har anført, at det er et absolut særtilfælde, at såkaldte »impulsvarer« distribueres gennem producenterens eget transportsystem. Det er således ubestridt, at virksomheder under Unilever-koncernen, herunder Langnese, kun i Tyskland, Danmark og Italien har indgået aftaler om salgsstedseksklusivitet.
- 147 Sagsøgeren har ganske vist gjort gældende, at selskabet af omkostningsgrunde vil være nødsaget til at standse leverancerne til et vist antal små salgssteder, hvis det skal opgive sine eksklusive købsaftaler, men selskabet har efter Rettens opfattelse ikke godtgjort, at en sådan situation ville kunne bringe de regelmæssige leverancer af småis i hele Tyskland i fare, og at de berørte små salgssteder navnlig ikke vil kunne få deres forsyning fra andre leverandører eller fra grossister som en direkte konsekvens af den frie konkurrence, der i så fald ville herske. Sagsøgeren har heller ikke på overbevisende måde påvist, hvilke særlige forhold i Tyskland der har gjort det nødvendigt for producenterne at oprette deres eget distributionssystem. Retten finder således, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at de omtvistede aftaler ikke opfylder den første betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3. Retten anser sagen for tilstrækkeligt

belyst af sagsakterne, og der ses derfor ikke at være grund til at foretage vidneafhøringer om grossisternes vilje til og mulighed for at forsyne detailhandlerne i den traditionelle handel eller om de begrænsninger af konkurrencen, de eksklusive købsaftaler medfører, herunder om en ny konkurrents mulighed for at etablere sig og skabe kendskab til sig selv inden for den traditionelle handel, som foreslået af intervenienten.

- 148 Da de omtvistede aftaler ikke opfylder den første betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3, må anbringendets tredje led forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til de øvrige betingelser i bestemmelsen, eftersom anmodningen om fritagelse skal afvises, når blot en af de fire betingelser ikke er opfyldt.
- 149 Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3, må herefter i det hele forkastes.

Anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 17

Sammenfatning af parternes argumentation

- 150 Sagsøgeren har til støtte for dette anbringende først gjort gældende, at artikel 3 i forordning nr. 17 ikke giver Kommissionen ret til at pålægge selskabet at oplyse de

forhandlere, med hvem det har indgået eksklusive købsaftaler, om ordlyden af beslutningens artikel 1 og 2. Sagsøgeren har anført, at selskabet selv kan vælge, hvorledes det vil efterkomme Kommissionens beslutning om at forbyde aftalerne.

- 151 For så vidt angår beslutningens artikel 4 har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 alene kan pålægge selskabet »at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør«. Der er ikke hjemmel til at forbyde indgåelse af nye aftaler, der — efter Kommissionens opfattelse — strider mod traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3. Kommissionen kan heller ikke forbyde indgåelse af nye aftaler, der falder ind under fritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83, uden forinden at lade fordelene ved fritagelsen bortfalde i medfør af forordningens artikel 14.
- 152 Ifølge sagsøgeren kan beslutningens artikel 4 under alle omstændigheder ikke indebære et forbud mod indgåelse af nye eksklusive købsaftaler, der med hensyn til løbetiden er ændret på en sådan måde, at der — selv ud fra det af Kommissionen anlagte synspunkt — ikke er nogen tvivl om, at de falder ind under forordning nr. 1984/83.
- 153 Kommissionen har i betragtning 154 til beslutningen forklaret, at forbuddet for sagsøgeren mod indtil den 31. december 1997 at indgå nye leveringsaftaler af samme karakter som de eksisterende aftaler, der er erklæret uforenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, er begrundet i, at »beslutningen om, at overtrædelserne skal indstilles, ville ... være uden virkning, hvis det umiddelbart skulle tillades SLG (sagsøgeren) at erstatte de nuværende leveringsaftaler med nye«.
- 154 Kommissionen har bestridt, at artikel 3 i forordning nr. 17 ikke udgør en gyldig hjemmel. Kommissionen har anført, at den kompetence, som artiklen giver den,

skal udøves så virkningsfuldt og så hensigtsmæssigt som muligt i den konkrete situation (jf. Domstolens kendelse af 17.1.1980, sag 792/79 R, Camera Care mod Kommissionen, Sml. s. 119).

- 155 Ifølge Kommissionen indebærer den pågældende kompetence en ret til at pålægge virksomhederne at foretage eller undlade at foretage visse handlinger med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør. De således pålagte særlige forpligtelser skal fastlægges ud fra, hvad der er nødvendigt for at genetablere lovlige forhold. Kommissionen har desuden anført, at artikel 3 i forordning nr. 17 bemyndiger den til at træffe enhver foranstaltning, der måtte vise sig nødvendig for at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør, og at den således både kan udstede påbud og nedlægge forbud (jf. Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (>cellulose«), Sml. I, s. 1307).
- 156 I det foreliggende tilfælde er forbuddet begrundet i nødvendigheden af at forhindre forsøg på omgåelse af det i beslutningens artikel 1 nedlagte forbud. Sagsøgeren ville nemlig på grundlag af forordning nr. 1984/83 til en enhver tid kunne opnå en gruppefritagelse for nye eksklusive købsaftaler, såfremt beslutningens artikel 4 ikke var blevet vedtaget. Kommissionen har herved tilføjet, at forbuddet er af underordnet betydning og alene sigter mod at undgå en unødvendig gentagelse af den administrative procedure, som førte til afvisningen af at meddele en individuel fritagelse. Beslutningens artikel 4 går ikke ud over det, der er nødvendigt for at genetablere en situation, som er i overensstemmelse med traktaten.
- 157 Kommissionen har endelig gjort gældende, at beslutningens artikel 3 er en nødvendig følge af forbuddet mod leveringsaftalerne. De supplerende oplysninger, som sagsøgeren skal give sine medkontrahenter, forklarer ophævelsen af aftalerne og skaber den fornødne klarhed.

Rettens bemærkninger

- 158 Der skal indledningsvis tages stilling til det af sagsøgeren anførte om, at artikel 3 i forordning nr. 17 ikke giver hjemmel til beslutningens artikel 3, hvorefter det pålægges sagsøgeren »senest tre måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning at oplyse de videreforhandlere, med hvem virksomheden har indgået stadig gældende aftaler af den i artikel 1 nævnte karakter, om ordlyden af artikel 1 og 2 under henvisning til, at aftalerne ikke har retsvirkning«. Der henvises herved til ordlyden af artikel 3 i forordning nr. 17: »Konstaterer Kommissionen ... at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør«. Efter Rettens opfattelse giver bestemmelsen også Kommissionen kompetence til at pålægge en virksomhed at give en meddelelse som sket ved beslutningens artikel 3 med henblik på at sikre en effektiv gennemførelse af beslutningen. Da der i øvrigt er tale om en bestemmelse, der er i overensstemmelse med Kommissionens administrative praksis på området, må sagsøgerens argument vedrørende gyldigheden af beslutningens artikel 3 herefter forkastes.
- 159 Hvad dernæst angår spørgsmålet om, hvorvidt der er hjemmel for beslutningens artikel 4, hvorefter det forbydes sagsøgeren at indgå aftaler af den i beslutningens artikel 1 omhandlede karakter, idet de strider mod traktatens artikel 85, stk. 1, finder Retten, at artikel 3 i forordning nr. 17, jf. ovenfor i præmis 158, kun giver Kommissionen kompetence til at forbyde eksisterende eksklusive købsaftaler, som er uforenelige med konkurrencereglerne.
- 160 Hvad angår muligheden for at genoprette et kompleks af eksklusive købsaftaler bemærkes, at det fremgår af retspraksis omkring anvendelsen af artikel 85, stk. 1, at selv når vurderingen af alle ensartede aftaler på det relevante marked og de øvrige

økonomiske og retlige omstændigheder fører til, at det pågældende marked er vanskeligt tilgængeligt, falder eksklusive købsaftaler, der er indgået af en leverandør, som ikke i væsentligt omfang bidrager til den kumulative virkning, ikke ind under forbuddet i artikel 85, stk. 1 (jf. Delimitis-dommen, præmis 23 og 24).

161 Det følger heraf, at artikel 85, stk. 1, som udgangspunkt ikke er til hinder for, at der indgås eksklusive købsaftaler, såfremt dette ikke i væsentligt omfang bidrager til en afskærmning af markedet. Retten kan i den forbindelse ikke tiltræde Kommissionens argumentation, hvorefter forbuddet mod at indgå nogen form for aftaler fremover er begrundet i nødvendigheden af at undgå forsøg på omgåelse af det i den anfægtede beslutnings artikel 1 nedlagte forbud mod de eksisterende aftaler ved hjælp af forordning nr. 1984/83.

162 Forordning nr. 1984/83 er nemlig en generel retsakt, som giver virksomhederne mulighed for at drage fordel af en gruppefritagelse for visse eksklusive købsaftaler, der som udgangspunkt opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3. I overensstemmelse med princippet om retskildernes trinfølge kan Kommissionen ikke ved en individuel beslutning indskrænke eller begrænse retsvirkningerne af en generel retsakt, medmindre denne giver en udtrykkelig hjemmel hertil. Artikel 14 i forordning nr. 1984/83 giver ganske vist Kommissionen kompetence til at lade fordelene ved anvendelse af forordningen bortfalde, dersom den i en konkret sag fastslår, at en aftale, som er fritaget, alligevel har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, men artikel 14 giver derimod ingen hjemmel til at lade fordelene ved en gruppefritagelse bortfalde, for så vidt angår fremtidige aftaler.

163 Desuden findes det at være i strid med ligebehandlingsprincippet, som er et af fællesskabsrettens grundlæggende principper, at afskære visse virksomheder fra

fremover at drage fordel af en gruppefritagelsesforordning, mens andre virksomheder, såsom intervenienten i det foreliggende tilfælde, fortsat kan indgå eksklusive købsaftaler som dem, der forbydes ved beslutningen. Et sådant forbud ville således kunne gøre indgreb i bestemte virksomheders økonomiske handlefrihed og skabe konkurrencefordrejning på markedet, hvilket strider mod traktatens målsætninger.

164 Af de således anførte grunde finder Retten, at det pågældende anbringende kan tiltrædes. Beslutningens artikel 4 bør således annulleres.

165 Det følger af de anførte grunde, at Kommissionen bør frifindes, dog således at beslutningens artikel 4 annulleres.

Sagens omkostninger

166 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Sagsøgeren har i det væsentlige tabt sagen og bør derfor bære sine egne omkostninger og betale samtlige sagens øvrige omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler og intervenientens omkostninger, med undtagelse af en fjerdedel af alle sagsøgtets omkostninger. Sagsøgte bærer således en fjerdedel af sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEEN (Anden Udvidede Afdeling)

- 1) Artikel 4 i Kommissionens beslutning 93/405/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 og IV/34.072) annulleres.
- 2) I øvrigt frifindes Kommissionen.
- 3) Sagsøgeren betaler samtlige sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler og intervenientens omkostninger, med undtagelse af en fjerdedel af alle sagsøgte omkostninger.
- 4) Kommissionen bærer en fjerdedel af sine egne omkostninger.

Vesterdorf

Barrington

Saggio

Kirschner

Kalogeropoulos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juni 1995.

H. Jung

Justitssekretær

II - 1672

Fungerende Præsident

D. P. M. Barrington

Afdelingsformand

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder	II - 1617
Retsforhandlinger	II - 1621
Parternes påstande	II - 1624
Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1	II - 1625
Anbringendets første led om afgrænsningen af markedet	II - 1625
Produktmarkedet	II - 1625
— Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1626
— Rettens bemærkninger	II - 1630
Det geografiske marked	II - 1635
— Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1635
— Rettens bemærkninger	II - 1636
Anbringendets andet led om de eksklusive købsaftalers virkninger for konkurrencen	II - 1637
Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1637
Rettens bemærkninger	II - 1641
Anbringendets tredje led om Kommissionens påståede pligt til af foretage en opdeling af de enkelte aftaler, således at en del af dem ikke rammes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1	II - 1647
Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1647
Rettens bemærkninger	II - 1648
Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3	II - 1650
Anbringendets første led om Kommissionens påståede pligt til ikke at fravige den vurdering, den havde anlagt i den administrative skrivelse	II - 1650
Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1650
Rettens bemærkninger	II - 1653
Anbringendets andet led om, at de omtvistede aftaler er omfattet af en gruppefritagelse	II - 1656
Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1656
Rettens bemærkninger	II - 1657
	II - 1673

Anbringendets tredje led om, hvorvidt leveringsaftalerne opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3	II - 1658
Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1658
Rettens bemærkninger	II - 1662
Anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 17	II - 1666
Sammenfatning af parternes argumentation	II - 1666
Rettens bemærkninger	II - 1669
Sagens omkostninger	II - 1671