

RETTENS DOM

10. juli 1990 *

I sag T-51/89,

Tetra Pak Rausing SA, Pully-Lausanne (Schweiz), ved advokat M. Waelbroeck, Bruxelles, og barrister C. W. Bellamy, Q. C., Gray's Inn, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat E. Arendt, 34, rue Philippe-II,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved L. M. Antunes og A. Blomefield, senere ved J. Currall og A. Blomefield, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 88/501/EØF af 26. juli 1988 (EFT L 272, s. 27) om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikler 85 og 86 [IV/31.043 — Tetra Pak I (BTG-licens)],

har

RETTEEN,

sammensat af præsidenten J. L. Cruz Vilaça, afdelingsformændene D. Barrington, A. Saggio og D. A. O. Edward samt dommerne C. Yeraris, R. Schintgen, C. P. Briët, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, J. Biancarelli og K. Lenaerts,

generaladvokat: H. Kirschner
justitssekretær: H. Jung

* Processprog: engelsk.

på grundlag af skriftvekslingen og efter mundtlig forhandling den 14. december 1989,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 21. februar 1990, afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

- 1 Ved beslutning af 26. juli 1988 (EFT L 272, s. 27) (herefter benævnt »beslutningen«) har Kommissionen fastslået, at selskabet Tetra Pak Rausing SA, idet det i forbindelse med dets overtagelse af Liquipak-koncernen erhvervede den eksklusive patentlicens, som National Research and Development Council den 27. august 1981 havde meddelt et selskab i Liquipak-koncernen, Novus Corp., havde overtrådt EØF-Traktatens artikel 86 fra datoen for erhvervelsen, og indtil Tetra Pak Rausing SA opgav kravet på eneret i henhold til den nævnte licens.
- 2 Den nævnte beslutning vedrører markedet for kartonemballage til flydende levnedsmidler, navnlig mælk. Der findes på dette marked to forskellige emballagetyper. Mælk, der behandles med ultrahøj temperatur (UHT-mælk), fyldes ved hjælp af særlige maskiner på kartoner, der steriliseres og derefter lukkes umiddelbart efter påfyldningen under strengt aseptiske forhold. Ved påfyldning af frisk, pasteuriseret mælk kræves derimod ikke et lige så sterilt miljø, og der anvendes følgelig et mindre avanceret udstyr.
- 3 Selskabet, som er beslutningens adressat (Tetra Pak Rausing SA, herefter benævnt »Tetra Pak«), har hjemsted i Schweiz og koordinerer strategien i en verdensomspændende koncern, der fremstiller udstyr, som hovedsagelig bruges til påfyldning af mælk i kartoner. Tetra Paks virksomhed omfatter såvel friskmælkemballage,

som emballering af UHT-mælk. Den består hovedsagelig i fremstilling af kartoner til emballering samt fremstilling af påfyldningsmaskiner på grundlag af koncernens egen teknologi. Inden for aseptisk emballage leverer Tetra Pak det såkaldte »Tetra Pak«-system. Inden for friskvareområdet forhandler virksomheden desuden andre fabrikanter maskiner.

Koncernen, som har produktions- og distributionsdatterselskaber i samtlige medlemsstater, bortset fra Luxembourg og Grækenland, havde i 1985 næsten halvdelen af sin totale omsætning — som er ca. 2 mia. ECU — i EF. Samme år var koncernens markedsandel i EF ca. 90% inden for aseptisk emballage og ca. 50% for emballage til frisk mælk.

- 4 Før Liquipak-koncernen blev overtaget af Tetra Pak, tilhørte den — eller blev kontrolleret af — Allpak-koncernen (Canada) og en privat virksomhed. Koncernens virksomhed består i udvikling og produktion af påfyldningsudstyr til flydende levnedsmidler.

- 5 Elopak-koncernen, der er af norsk oprindelse, driver fortrinsvis virksomhed i Europa. Den havde i 1987 en omsætning på ca. 300 mio. ECU. Selv om Elopaks virksomhed primært vedrører frisk mælk, især levering af »gavltopkartoner«, hvor koncernens hovedkonkurrent er Tetra Pak, var Elopak også eneforhandler for Liquipak, ikke alene af dennes maskiner til påfyldning af pasteuriseret mælk, men for enhver maskintype, der måtte blive udviklet for UHT-mælk. Elopak bistod Liquipak i dennes forsøg på at udvikle en ny påfyldningsmaskine, der skulle anvende den proces, der er beskyttet af den i sagen omtvistede eksklusivlicens.

Denne eksklusivlicens vedrører en ny UHT-emballeringsproces for langtidsholdbar mælk, hvorved ultraviolet lys — der gør det muligt anvende en svag opløsning af hydrogenperoxid — kombineres med varmebehandling, til forskel fra de fremgangsmåder, der hidtil er blevet anvendt i Fællesskabet, og hvorved koncentreret hydrogenperoxid kombineres med varme. Denne teknik, der er beregnet til anvendelse ved den maskinelle påfyldning, kan bruges såvel ved de murstensformede kartoner som ved de gavltopformede, hvilket ikke er tilfældet med de processer, der anvendes af de maskiner til aseptisk emballering, der i dag er på markedet. Disse maskiner kan ikke bruges til gavltopformede kartoner, hvor Elopak, som det

anføres i beslutningen, har koncentreret sine udviklingsbestræbelser, og hvor virksomheden har den største knowhow.

- 6 Den i sagen omhandlede eksklusivlicens blev med virkning fra den 27. august 1981 meddelt Novus Corp. af National Research and Development Council, nu British Technology Group (herefter benævnt »BTG«). Licensen omfatter såvel de patenter, der er udtaget på BTG's steriliseringsteknik, som knowhow vedrørende denne nye proces. I EF er der udstedt patenter i Irland, Spanien og Belgien. Der er indgivet patentansøgning i Italien, og der er tillige i henhold til den europæiske patentkonvention indgivet ansøgning for bl. a. Det Forenede Kongerige, Frankrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Nederlandene.

Eksklusivlicensen blev omfattet af ordningen med gruppefritagelse i henhold til Kommissionens forordning (EØF) nr. 2349/84 af 23. juli 1984 om anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af patentlicensaftaler (EFT L 219, s. 15), med forbehold for forordningens artikel 9, hvorefter Kommissionen kan ophæve fritagelsen, såfremt betingelserne i artikel 85, stk. 3, ikke er opfyldt.

I 1986 overtog Tetra Pak det amerikanske selskab Liquipak International Inc. Hermed overtog Tetra Pak også de selskaber i Liquipak-koncernen, som Novus Corp. i 1984 havde overdraget BTG-licensen til. Da Tetra Pak overtog Liquipak, var den nye version af den maskine, der anvendte BTG-processen, og som Liquipak havde udviklet med bistand fra Elopak, endnu ikke blevet afprøvet på markedet. Efter at Tetra Pak havde meddelt, at det overtog Liquipak, standsede Elopak samarbejdet. Elopak anså maskinen for næsten driftsklar. Efter Tetra Paks opfattelse skulle der derimod gennemføres en omfattende og bekostelig forskning, før BTG-processen kunne udnyttes.

- 7 For så vidt angår parternes markedsstilling, fremgår det af Kommissionens beslutning, at på tidspunktet for de i sagen omhandlede omstændigheder var der i EF kun to virksomheder — Tetra Pak samt PKL, et datterselskab af den tyske koncern Rheinmetall AG — der kunne levere maskiner til aseptisk emballering af mælk i nævneværdig betydning. Af de ovenfor nævnte tekniske grunde, samt fordi producenterne af aseptiske maskiner i praksis også leverer kartonerne til deres

egne maskiner, er det en forudsætning for, at en virksomhed kan skaffe sig adgang til markedet for udstyr til aseptisk emballering såvel som kartonmarkedet, at den har sin egen teknik til aseptisk påfyldning.

- 8 Den 26. juni 1986 indgav Elopak-koncernen en klage til Kommissionen i henhold til artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81) med det formål at få konstateret, at Tetra Pak havde overtrådt Traktatens artikel 85 og 86. Efter at Kommissionen den 3. marts 1987 havde fremsendt sine klagepunkter og efter en høring den 25. juli 1987, meddelte Tetra Pak ved skrivelse af 26. november 1987 Kommissionen, at selskabet gav afkald på enhver eneret i henhold til BTG-licensen. Selv om den påklagede overtrædelse blev bragt til ophør under den administrative procedure, fandt Kommissionen det hensigtsmæssigt at vedtage en beslutning, hvorved overtrædelsen konstateredes, navnlig for at klargøre Kommissionens retsopfattelse på det i sagen omhandlede punkt. Eftersom spørgsmålet i sagen ikke har været prøvet tidligere, pålagde Kommissionen ikke Tetra Pak en bøde.

Kommissionen behandler i beslutningen først artikel 86 og derefter artikel 85. Vedrørende artikel 85 har Kommissionen anført de forhold, der begrundede, at den kunne have trukket fritagelsen for eksklusivlicensen tilbage, så længe overtrædelsen af artikel 86 forelå.

Kommissionen afsluttede sin gennemgang af artikel 86 med at fastslå, at »Tetra misbrugte sin dominerende stilling ved at overtage denne eksklusivlicens [dvs. BTG-licensen], hvorved den styrkede sin i forvejen dominerende stilling og vanskeliggjorde nye konkurrenters adgang til markedet« (beslutningens betragtning 60).

- 9 Ved stævning, indgivet til Domstolens Justitskontor den 11. november 1988, har Tetra Pak herefter påstået beslutningen annulleret. Hele skriftvekslingen er forløbet ved Domstolen.

Ved kendelse af 15. november 1989 har Domstolen henvist nærværende sag til Retten i medfør af artikel 3, stk. 1, og artikel 14 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans. Retten

har ved beslutning af 16. november 1989 henvist sagen til plenum. I medfør af artikel 2, stk. 3, i Rådets nævnte afgørelse har Rettens præsident udpeget en generaladvokat.

På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 14. december 1989, og generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 21. februar 1990.

Parternes påstande

10 Tetra Pak har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionens beslutning af 26. juli 1988 om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikler 85 og 86 [IV/31.043 — Tetra Pak I (BTG-licens)] annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har nedlagt følgende påstande:

- Sagsøgte frifindes.
- Sagsøgeren tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

Fastlæggelse af det i sagen relevante retsspørgsmål

- 11 Sagsøgeren har før selve argumentationen til støtte for sin påstand nærmere præciseret det i sagen omtvistede spørgsmål. I et indledende afsnit i stævningen, der er placeret før gennemgangen af den ene søgsmålsgrund, som søgsmålet støttes på, har sagsøgeren således anført, at det som følge af selskabets frivillige afkald på eneretten til at udnytte licensen, »i nærværende sag næppe har interesse, at sagsøgeren for Domstolen nærmere redegør for sin opfattelse vedrørende spørgsmålet, om der foreligger en dominerende stilling, og om Liquipak-teknologiens mang-

lende betydning...«. Sagsøgeren har således alene anfægtet Kommissionens beslutning af 26. juli 1988 under henvisning til, at artikel 86 ikke kan finde anvendelse, når der er meddelt fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Endvidere har sagsøgeren under den mundtlige forhandling udtrykkeligt bekræftet, at sagen er anlagt for at få afgjort dette retsspørgsmål, hvorfor det ikke er nødvendigt at komme ind på de faktiske omstændigheder, der i beslutningen er lagt til grund for konstateringen af, at sagsøgeren har misbrugt en dominerende stilling.

- 12 Sagsøgerens fastlæggelse af det i sagen relevante retsspørgsmål, er taget til efterretning af sagsøgte.
- 13 Rettens prøvelse af beslutningens lovlighed skal herefter udelukkende foretages på grundlag af den af sagsøgeren i stævningen fremførte søgsmålsgrund. Herved bemærkes, at søgsmålet alene støttes på, at Kommissionen har overtrådt artikel 85, stk. 3, og artikel 86, idet den har anvendt artikel 86 på en aftale, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3. Rettens prøvelse af den omtvistede beslutning skal følgelig alene foretages på grundlag af de retlige anbringender, som sagsøgeren har anført, og som omtales i det følgende, hvorimod der ikke skal tages stilling til den bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder, som Kommissionen foretog, og som den lagde til grund for konstateringen af, at artikel 86 er overtrådt. Eftersom sagsøgeren ikke har anfægtet de faktiske omstændigheder, der anføres i beslutningens grundelse, kan disse ikke anfægtes for Retten.

Sagsøgerens eneste søgsmålsgrund: Overtrædelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, og af artikel 86

- 14 Tetra Pak har anfægtet den omtvistede beslutning som stridende mod artikel 85, stk. 3, og artikel 86, idet Kommissionen anser forbudsbestemmelsen i artikel 86 for anvendelig på en aftale, der er omfattet af en gruppefritagelse efter artikel 85, stk. 3. Argumentationen omfatter tre afsnit. Sagsøgeren har for det første påberåbt sig en fortolkning på grundlag af sammenhængen mellem de relevante bestemmelser i Traktaten og i den afledede ret, for det andet retssikkerhedsprincippet og for det tredje princippet om ensartet anvendelse af fællesskabsretten.

a) *Fortolkning på grundlag af sammenhængen mellem Traktatens artikel 85 og 86 og bestemmelser i afledet ret*

- 15 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen ikke kan anvende artikel 86 på en adfærd, der er fritaget i henhold til artikel 85, stk. 3, da artikel 85 og 86 har samme formål. Sagsøgeren har til støtte herfor henvist til Domstolens dom af 21. februar 1973, »Continental Can«, hvorefter »... artiklerne 85 og 86 ikke [kan] fortolkes på modstridende vis, når de tilsigter gennemførelsen af samme mål« (præmis 25, sag 6/72, Sml. s. 215). Eftersom fritagelsen udgør en »positiv virksomhed« — således som den blev betegnet af Domstolen i dom af 13. februar 1969, der ganske vist vedrørte forholdet mellem artikel 85, stk. 3, og nationale konkurrencebestemmelser (Walt Wilhelm, præmis 5, sag 14/68, Sml. 1969, s. 1) — kan en adfærd ikke være udtrykkeligt tilladt i henhold til artikel 85, stk. 3, og samtidig være forbudt i henhold til artikel 86.
- 16 Sagsøgeren har til støtte for dette anbringende anført, at klagepunktet over for sagsøgeren i beslutningen i det væsentlige vedrører eneretten i kraft af licensaftalen. Kommissionen har dermed ved anvendelsen af artikel 86 anlagt en sondring, der ikke anerkendes i konkurrenceretten, mellem på den ene side eksklusivlicensen, der er omfattet af en gruppefritagelse, og på den anden side erhvervelsen af den licensbaserede eneret i forbindelse med overtagelsen af et konkurrerende selskab, Liquipak, der ifølge beslutningen udgør en overtrædelse af artikel 86, uanset at begge dispositioner ifølge sagsøgeren har samme konkurrencebegrænsende virkning.
- 17 Sagsøgeren, der herefter anser artikel 86 for uanvendelig på en aftale, der er fritaget i henhold til artikel 85, stk. 3, anførte endvidere i retsmødet, at såfremt en virksomhed, der har en dominerende stilling, bliver part i en aftale, der er omfattet af en gruppefritagelse efter artikel 85, stk. 3, kan dette kun udgøre et misbrug efter artikel 86, hvis der foreligger yderligere omstændigheder, der vedrører forhold uden for aftalen, samt kan tilregnes virksomheden. Sagsøgeren har herved henvist til dom af 11. april 1989, hvori Domstolen udtalte, at der navnlig kan konstateres misbrug af en dominerende stilling, såfremt det lykkes en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, at påtvinge konkurrenter eller kunder urimelige kontraktbetingelser (Ahmed Saeed, især præmis 37, 42 og 46, 66/86, Sml. s. 803).
- 18 Sagsøgeren har anført, at den omstændighed, at artikel 86 er uanvendelig på en aftale, der er fritaget, ikke er til hinder for gennemførelsen af formålene med arti-

kel 86, idet Kommissionen under alle omstændigheder på grundlag af en skønmæssig vurdering kan beslutte at trække fritagelsen tilbage. Tetra Pak har til støtte for, at anvendelsen af artikel 86 er betinget af, at fritagelsen forinden er trukket tilbage, navnlig henvist til artikel 7, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 3976/87 af 14. december 1987 om anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler og samordnet praksis inden for luftfartssektoren (EFT L 374, s. 9) og til artikel 8, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22. december 1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af Traktatens artikel 85 og 86 på søtransport (EFT L 378, s. 4). Ifølge de nævnte bestemmelser kan Kommissionen, såfremt en aftale, der er omfattet af en gruppefritagelse, alligevel har virkninger, der er forbudt ifølge artikel 86, tilbagekalde fritagelsen og træffe alle passende foranstaltninger med henblik på at bringe overtrædelserne af artikel 86 til ophør.

- 19 Sagsøgeren »erkender, at der ikke er knyttet en udtrykkelig undtagelsesbestemmelse til forbuddet i artikel 86« (replikken, afsnit III). Til støtte for, at artikel 86 ikke finder anvendelse på en adfærd, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3, har sagsøgeren imidlertid anlagt en fortolkning af betingelserne for at anvende artikel 86, der hviler på opbygningen af artikel 85, og som reelt indebærer, at der er en uskreven dispensationshjemmel i sager om misbrug af en dominerende stilling. Sagsøgeren har anført, at der ved afgørelsen af, om en adfærd har karakter af misbrug, »skal ske en analog anvendelse af den procedure i to faser, der udtrykkeligt er fastsat i artikel 85, dvs. det skal undersøges, om den pågældende adfærd har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, og i bekræftende fald, om denne adfærd ikke desto mindre totalt bidrager til at forbedre konkurrencen, idet den fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling«.
- 20 Kommissionen har afvist denne fortolkning, som Tetra Pak har baseret på bestemmelsernes sammenhæng, og har herved anlagt en anden fortolkning af artikel 85 og 86. Under henvisning til generaladvokatens forslag til afgørelse i Ahmed Saeed-sagen har Kommissionen navnlig anført, at eftersom der ikke kan gives tilladelse til misbrug i et fællesskab, der hviler på retsstatsprincippet, kan der ikke lovligt gøres undtagelse fra forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling (første forslag til afgørelse, fremsat den 28. april 1988, punkt 41, Sml. s. 818). Kommissionen har anført, at Domstolen i sagen udtrykkeligt fastslog, at der for så vidt angår misbrug af en dominerende stilling ikke kan meddeles nogen som helst fritagelse (nævnte dom, sag 66/86, præmis 32). Kommissionen kan følgelig ikke give sagsøgeren medhold i, at artikel 86 ikke finder anvendelse på en aftale, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3, så længe fritagelsen ikke er tilbagekaldt, da man ellers, idet tilba-

gekaldelsen af en fritagelse har virkning *ex nunc*, ville indføre en fritagelsesmulighed for misbrug af en dominerende stilling.

- 21 Retten skal indledningsvis bemærke, at spørgsmålet, om artikel 86 kan finde anvendelse, når der foreligger en gruppefritagelse — som er det centrale spørgsmål i denne sag og opstår på grund af hensynet til en logisk sammenhæng ved gennemførelsen af artiklerne 85 og 86 — ikke hidtil har været genstand for en udtrykkelig afgørelse fra EF-Domstolen. Forholdet mellem artikel 85 og 86 er imidlertid i et vist omfang blevet klarlagt af Domstolen, der udtrykkeligt har fastslået, at den omstændighed, at artikel 85 finder anvendelse på en aftale, ikke udelukker anvendelsen af artikel 86. I en sag, hvor dette spørgsmål forelå, kendte Domstolen for ret, at Kommissionen enten kan anvende den ene eller den anden af disse to bestemmelser på den omtvistede adfærd: »At kontrakter... kan falde ind under artikel 85, særlig artikel 85, stk. 3, udelukker imidlertid ikke, at artikel 86 kan finde anvendelse... således at det i disse tilfælde står Kommissionen frit for at gennemføre proceduren i henhold til artikel 85 eller i henhold til artikel 86, navnlig under hensyn til arten af de gensidige forpligtelser og kontrahenternes konkurrencemæssige stilling på det eller de pågældende markeder« (dom af 13. februar 1979, Hoffmann-La Roche, præmis 116, 85/76, Sml. s. 461). Domstolen har bekræftet denne praksis i Ahmed Saeed-dommen, hvor den udtalte, at under visse omstændigheder »kan artiklerne 85 og 86 fuldt ud anvendes samtidigt« (ovennævnte dom i sag 66/86, præmis 37). Det spørgsmål, der forelå i sidstnævnte sag, for så vidt angår forholdet mellem artiklerne 85 og 86, var imidlertid, om anvendelsen af en aftale, der som sådan kan være omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1, i princippet kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling (præmis 34). Sagen vedrørte således ikke forholdet mellem en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, og anvendeligheden af artikel 86.

- 22 Det bemærkes, at spørgsmålet, om artikel 86 kan finde anvendelse, når der er meddelt fritagelse efter artikel 85, stk. 3, som udgangspunkt følgelig skal besvares på grundlag af Traktatens ordning vedrørende beskyttelse af den frie konkurrence, navnlig som fastlagt i artikel 85 og 86 samt i gennemførelsesforordningerne til disse bestemmelser. Artiklerne 85 og 86 supplerer hinanden, idet de har et fælles generelt formål, der er fastlagt i Traktatens artikel 3, litra f), hvorefter Fællesskabets virke indebærer »gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes«. Alligevel udgør artiklerne efter Traktatens system to uafhængige retsforskrifter, der regulerer forskellige sagsforhold. Dette blev understreget af Domstolen i Continental Can-dommen, hvor den fastslog, at

»artikel 85 og 86 ... på forskellige planer [behandler] samme genstand, nemlig opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet«. Domstolen havde i en forudgående passus udtalt, at »artikel 85 omhandler aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og samordnet praksis, mens artikel 86 handler om en eller flere virksomheders ensidige handlinger« (nævnte dom, 6/72, præmis 25).

- 23 For så vidt angår den nærmere karakteristik af den adfærd, som i den anfægtede beslutning henføres under artikel 86, skal Retten bemærke, at den blotte overtagelse af en eksklusivlicens af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, ikke i sig selv udgør et misbrug efter artikel 86. Der må nemlig ved anvendelsen af denne bestemmelse tages hensyn til omstændighederne ved en sådan overtagelse, navnlig dennes virkninger på konkurrencen på det pågældende marked. Dette støttes også af Domstolens praksis, hvori misbrug defineres som »et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser« (Hoffmann-La Roche-dommen, nævnt ovenfor, præmis 91, 85/76). Kommissionen har således med god grund ikke anfægtet eksklusivlicensen som sådan, men har derimod under udtrykkelig henvisning til artikel 86 kritiseret den konkurrencebegrænsende virkning af sagsøgerens overtagelse af licensen. Det fremgår klart af beslutningens begrundelse og konklusioner, at den af Kommissionen konstaterede overtrædelse af artikel 86 netop henføres til det forhold, at Tetra Pak overtog eksklusivlicensen »under de specielle omstændigheder i denne sag«. De særlige omstændigheder, som Kommissionen herved henviser til, er, som den udtrykkeligt har anført, at overtagelsen af eneretten i henhold til licensen ikke alene »styrkede Tetras meget betydelige dominans, men... også [havde] en hindrende effekt eller... i det mindste [medførte] en betydelig forsinkelse for en ny konkurrents adgang til markedet, hvor kun ringe eller slet ingen konkurrence findes« (beslutningens betragtning 45; jf. også betragtning 60). Den afgørende begrundelse for, at overtagelsen af eksklusivlicensen blev karakteriseret som et misbrug, var således helt konkret sagsøgerens stilling på det pågældende marked og især, således som det fremgår af beslutningen (betragtning 27), den omstændighed, at en virksomhed kun — på det i beslutningen omhandlede tidspunkt — kunne konkurrere effektivt med sagsøgeren på markedet for aseptisk mælkeemballage, hvis virksomheden havde adgang til at anvende den af BTG-licensen beskyttede proces. Overtagelsen af Liquipak var blot det middel — som Kommissionen ikke i sagen har tillagt

særlig betydning for anvendelsen af artikel 86 — hvorved sagsøgeren erhvervede eneretten i henhold til BTG-licensen, således at andre virksomheder blev frataget muligheden for at konkurrere med sagsøgeren.

24 Efter det anførte kan sagsøgerens anbringende om, at der skal foreligge et yderligere moment, der vedrører forhold uden for aftalen, heller ikke tiltrædes. Det bemærkes i denne forbindelse, at Domstolen i Ahmed Saeed-dommen, som sagsøgeren har henvist til, fastslog, at »anvendelsen af billetpriser for ruteflyvning, som følger af bilaterale eller multilaterale aftaler, under visse omstændigheder kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling på det pågældende marked, især når det er lykkedes en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, at tvinge andre transportvirksomheder til at anvende overdrevent høje eller lave priser eller også udelukkende at anvende én bestemt billetpris på en rute« (jf. ovennævnte dom, 66/86, præmis 46). Selv om Domstolen således som begrundelse for, at artikel 85 og 86 var samtidigt anvendelige på de omtvistede aftaler om billetpriser, henviste til en yderligere omstændighed — i den nævnte sag konkret i form af virksomhedens udøvelse af pression over for konkurrenterne — må det således under alle omstændigheder fastslås, at for så vidt angår den nærværende sag, indeholder den anfægtede beslutning en yderligere omstændighed, der giver forholdet karakter af et misbrug i betydningen i artikel 86 og dermed gør denne bestemmelse anvendelig. Denne yderligere omstændighed foreligger i sagens særlige omstændigheder, nemlig det forhold, at Tetra Paks overtagelse af eksklusivlicensen i praksis førte til at udelukke enhver konkurrence på det pågældende marked. Dette forhold fremhæves i den anfægtede beslutning og er ikke blevet bestridt af sagsøgeren.

25 På baggrund af det anførte er det Rettens opfattelse, at efter den ved Traktaten indførte ordning for beskyttelse af konkurrencen kan meddelelse af fritagelse, såvel individuel som gruppefritagelse, i henhold til artikel 85, stk. 3, aldrig tillige bevirke en dispensation fra forbuddet i artikel 86. Dette støttes såvel af ordlyden af artikel 85, stk. 3, der kun hjemler fritagelse for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler mv. i artikel 85, stk. 1, ved en erklæring om, at denne bestemmelse er uanvendelig, som af opbygningen af artikel 85 og artikel 86, der som tidligere anført er selvstændige retsfor skrifter, der supplerer hinanden og principielt omfatter sagsforhold, som er forskellige og undergivet forskellige bestemmelser. Mens gennemførelsen af artikel 85 således sker i to trin, nemlig først en konstatering af, at artikel 85, stk. 1, er overtrådt, og derefter, hvis omstændighederne taler herfor, en fritagelse for det i bestemmelsen fastsatte forbud, såfremt aftalen dog opfylder betingelserne i stk. 3, udelukker artikel 86 efter selve sin genstand — nemlig et misbrug — enhver mulighed for at gøre undtagelse fra forbuddet i denne

bestemmelse (jf. den ovenfor nævnte dom Ahmed Saeed, præmis 32, 66/86). Et generelt krav om, at Kommissionen skal træffe beslutning om, at fritagelsen trækkes tilbage, før den anvender artikel 86, vil i virkeligheden, da fritagelsen ikke tilbagekaldes med tilbagevirkende gyldighed, være ensbetydende med, at en fritagelse efter artikel 85, stk. 3, samtidig har virkning som en fritagelse for forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling. Af de netop angivne grunde er dette ikke foreneligt med selve beskaffenheden af den overtrædelse, som forbudsbestemmelsen i artikel 86 vedrører. Det følger i øvrigt af principperne om retsreglernes trinfølge, at en fritagelse i henhold til afledet ret ikke uden traktatmæssig hjemmel herfor kan dispensere fra en bestemmelse i Traktaten, konkret artikel 86.

- 26 Efter at det således er fastslået, at meddelelsen af en fritagelse principielt ikke er til hinder for at anvende artikel 86, skal det dernæst undersøges, om de forhold, der er lagt til grund i forbindelse med fritagelsen i henhold til artikel 85, stk. 3, ikke er til hinder for at anvende artikel 86.
- 27 Hertil bemærkes, at efter artikel 85, stk. 3, kan forbuddet i stk. 1, erklæres uanvendeligt på aftaler eller kategorier af aftaler, der opfylder betingelserne i stk. 3. Det fastslås bl. a. i sidstnævnte bestemmelse, at aftalen ikke må give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.
- 28 Det bemærkes, at spørgsmålet om fritagelse i praksis har forskellig karakter, alt efter om det drejer sig om en individuel fritagelse eller en gruppefritagelse. Ved meddelelse af en individuel fritagelse vil Kommissionen således forinden have fastslået, at vedkommende aftale opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3. Når en beslutning om individuel fritagelse er truffet, kan det hermed anses for godtgjort, at den pågældende aftale har visse egenskaber, der også er relevante for en eventuel anvendelse af artikel 86. Kommissionen skal følgelig, når den behandler spørgsmålet om anvendelse af artikel 86, og forudsat at de faktiske og retlige forhold er uændret, tage hensyn til de forhold i sagen, der tidligere blev lagt til grund ved den i henhold til artikel 85, stk. 3, meddelte fritagelse.

29 Forordninger om meddelelse af gruppefritagelse finder ligesom beslutninger om individuel fritagelse ubestrideligt principielt kun anvendelse på aftaler, der opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3. Modsat en individuel fritagelse er en gruppefritagelse imidlertid efter sagens natur ikke betinget af, at det i hvert enkelt tilfælde er konstateret, at Traktatens fritagelsesbetingelser faktisk er opfyldt. For at en aftale kan fritages, er det tilstrækkeligt, at den opfylder betingelserne herfor i den relevante forordning om gruppefritagelse. Den enkelte aftale underkastes ingen konkret bedømmelse, for så vidt angår betingelserne i artikel 85, stk. 3. En gruppefritagelse kan derfor ikke generelt tillægges samme retsvirkninger som en negativat-test med hensyn til artikel 86. Heraf følger, at såfremt aftaler mellem virksomheder, der indtager en dominerende stilling, er omfattet af en gruppefritagelsesforordning, dvs. når en sådan forordning ikke indeholder nogen udelukkelsesklausul, skal gruppefritagelsens retsvirkninger, for så vidt angår spørgsmålet om anvendelse af artikel 86, alene bedømmes på grundlag af bestemmelserne i artikel 86.

30 Muligheden for at anvende artikel 86 på en aftale, der er omfattet af en gruppefritagelse, bekræftes endelig ved en nærmere gennemgang af gruppefritagelsesforordningerne. Det fremgår heraf nemlig for det første, at disse forordninger ikke principielt undtager markedsdominerende virksomheder fra fritagelsesordningen, dvs. de kontraherende virksomheders stilling på de respektive markeder tillægges ikke betydning. Dette gælder således for bl. a. den nævnte fritagelsesforordning nr. 2349/84 om patentlicensaftaler, der er relevant i nærværende sag. Det fremgår for det andet af denne gennemgang, at muligheden for en samtidig anvendelse af artikel 85, stk. 3, og artikel 86 udtrykkeligt er fastslået i flere fritagelsesforordninger, hvori det bestemmes, at gruppefritagelsen ikke er til hinder for anvendelse af artikel 86. Dette er således bl. a. tilfældet i de tre forordninger om gruppefritagelse, som Kommissionen udstedte den 26. juli 1988 på lufttransportområdet, og i hvis betragtninger det udtrykkeligt anføres, at gruppefritagelsen ikke er til hinder for anvendelse af artikel 86. Der er tale om forordning (EØF) nr. 2671/88 om anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis inden for ruteflyvning vedrørende fælles planlægning og samordning af kapacitet, indtægtsdeling, takstkonsultationer og fordeling af afgang- og ankomsttider i lufthavne, forordning (EØF) nr. 2672/88 om anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler mellem virksomheder om edb-reservationssystemer

for lufttransportydelse, og endelig forordning (EØF) nr. 2673/88 om anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis vedrørende serviceydelser under mellemlandinger (EFT L 239, hhv. s. 9, 13 og 17). Ligeledes fastslås det udtrykkeligt i artikel 8, stk. 1, i Rådets ovennævnte forordning nr. 4056/86, at misbrug af dominerende stilling som omhandlet i Traktatens artikel 86 forbydes, uden at forudgående afgørelse er påkrævet.

- 31 Det fremgår i det hele af det anførte, at det første anbringende, der er fremført i forbindelse med den eneste søgsmålsgrund, og som vedrører sammenhængen mellem artikel 85, stk. 3, og artikel 86, er uden grundlag.

b) Anbringendet om retssikkerhedsprincippet

- 32 Sagsøgeren har henvist til retssikkerhedsprincippet til støtte for selskabets anbringende om, at forholdet mellem artikel 85, stk. 3, og artikel 86, indebærer, at det principielt er utænkeligt at anvende artikel 86 på en aftale, der er fritaget i henhold til artikel 85, stk. 3. Sagsøgeren har anført, at det følger af artikel 85 og 86, som fortolket i lyset af retssikkerhedsprincippet, at såfremt en adfærd er fritaget efter artikel 85, stk. 3, kan den ikke være forbudt efter artikel 86. Kommissionen kan her via sin beføjelse til at tilbagekalde fritagelsen fastholde balancen mellem hensynet til en klar retstilstand for virksomhederne og opretholdelsen af en effektiv konkurrence.
- 33 Sagsøgeren har herved understreget, at den omstændighed, at der meddeles fritagelse, sammen med Kommissionens beføjelse til at tilbagekalde fritagelsen, giver virksomhederne ret til at formode, at deres forhold ikke indebærer en overtrædelse af artikel 85 og 86, så længe Kommissionen ikke har besluttet at trække fritagelsen tilbage.
- 34 Modsat Kommissionen finder sagsøgeren ikke, at der kan opnås retlig sikkerhed ved virksomhedens ansøgning om en negativattest. Nødvendigheden af en sådan ansøgning begrænser fordelene ved ordningen med gruppefritagelse, hvis hovedformål er, at virksomhederne skal kunne indgå og anvende aftaler uden forelæg-

gelse for Kommissionen. At en negativattest ikke giver samme sikkerhed som fritagelse fremgår af, at der blandt de aftaler, der er fritaget i henhold til den ovennævnte forordning nr. 2349/84, anføres visse aftaler, der principielt ikke henhører under artikel 85, stk. 1. Kommissionen har begrundet denne ordning med hensynet til virksomhedernes retssikkerhed (forordningens betragtning 18 og artikel 2). Sagsøgeren har navnlig anført, at en ansøgning om negativattest ikke udelukker, at der pålægges en bøde på grundlag af forhold, der ligger før ansøgningens indgivelse og før den beslutning, der fastslår overtrædelsen [Kommissionens beslutning af 14. december 1984, John Deere (EFT 1985, L 35, s. 58, betragtning 38)]. Sagsøgeren har videre anført, at den situation kan foreligge, at aftalen ikke kan håndhæves ved national ret, mens Kommissionens undersøgelse gennemføres. Sagsøgeren har endelig anført, at negativattesten ikke binder de nationale myndigheder.

- 35 Kommissionen har modsat anført, at ordningen i forordningerne om gruppefritagelse, herunder bestemmelserne, der er indført af hensyn til virksomhedernes retssikkerhed, kun vedrører anvendelsen af artikel 85. Artikel 86 indeholder et forbud, der finder anvendelse fra det tidspunkt, da overtrædelsen blev begået, og retssikkerhedshensynet kan tilgodeses i forbindelse med anvendelsen af denne bestemmelse, såfremt der indgives begæring om negativattest i medfør af artikel 2 i ovennævnte forordning nr. 17, hvilket Domstolen har fastslået i Hoffmann-La Roche-dommen, jf. ovenfor, sag 85/76, præmis 134).
- 36 Retten skal først bemærke, at Domstolen i en fast praksis har knæsat retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og det heraf følgende krav om, at Fællesskabets lovgivning skal være klar og forudberegnelig for retssubjekterne (dom af 12. november 1981, Salumi, præmis 10, 212/80-217/80, Sml. s. 2735; jf. nærmere vedrørende konkurrenceretten især domme af 6. april 1962, Bosch, 13/61, Sml. 1954-1964, s. 293, 298, og af 30. april 1986, »Nouvelles Frontières«, præmis 64, 209/84-213/84, Sml. s. 1425).
- 37 Det skal herefter undersøges, om anvendelsen af artikel 86 bliver forudsigelig i tilfælde, hvor en aftale opfylder betingelserne i henhold til en gruppefritagelse. Retten skal her fastslå, at ordningen med gruppefritagelse foruden hensynet til en enklere administration navnlig har til formål at skabe en klar retstilstand for de kontraherende virksomheder, for så vidt angår deres aftales gyldighed i henhold til artikel 85, så længe Kommissionen ikke har trukket gruppefritagelsen tilbage. Ord-

ningen fritager ikke virksomheder med en dominerende stilling fra forpligtelsen til at overholde artikel 86. Domstolen har tværtimod i dom af 9. november 1983 fastslået, at enhver virksomhed, der har en dominerende stilling, »er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet« (Michelin, præmis 57, 322/81, Sml. s. 3461). En virksomhed kan herefter ikke under henvisning til en påstået uforudsigelighed med hensyn til anvendelsen af artikel 86 gøre gældende, at den ikke er omfattet af forbuddet i denne bestemmelse.

- 38 For så vidt angår nærværende sag, bemærkes under alle omstændigheder, at selv om retssikkerhedshensynet ikke kunne gøre artikel 86 uanvendelig på sagsøgerens overtagelse af den i sagen omhandlede eksklusivlicens, besluttede Kommissionen imidlertid under hensyn hertil at sanktionere sagsøgerens overtrædelse mildere, idet den i betragtning af, at overtrædelserne var »forholdsvis recente« ikke pålagde sagsøgeren en bøde (beslutningens betragtning 62, punkt 2).
- 39 Det fremgår i det hele af det anførte, at det andet anbringende er uden grundlag.

c) Princippet om fællesskabsrettens ensartede anvendelse

- 40 Sagsøgeren har for det tredje påberåbt sig princippet om ensartet anvendelse af fællesskabsretten. Sagsøgeren har anført, at såfremt artikel 86 fandt anvendelse på en adfærd, der er omfattet af en gruppefritagelse, ville de nationale domstole i medfør af den direkte virkning af artikel 86, som Domstolen principielt har fastslået i dom af 30. januar 1974, BRT mod SABAM (127/73, Sml. s. 51), med hjemmel i denne bestemmelse have kompetence til at forbyde en adfærd, som Kommissionen har fritaget. Dette er ifølge sagsøgeren uforeneligt med princippet om ensartet anvendelse af fællesskabsretten, hvis betydning Domstolen understregede i Walt Wilhelm-dommen, jf. ovenfor (14/68, præmis 9). Sagsøgeren har herefter anført, at den eneste fortolkning af forholdet mellem artikel 85, stk. 3, og artikel 86, der er i overensstemmelse med princippet om ensartet anvendelse af fællesskabsretten, er, at artikel 86 anses for uanvendelig, når der er meddelt fritagelse.

- 41 Kommissionen har anført, at anbringendet om fællesskabsrettens ensartede anvendelse i virkeligheden hviler på Tetra Paks grundsynspunkt, hvorefter artikel 86 ikke finder anvendelse på en adfærd, der er omfattet af en fritagelse; sagsøgerens argumentation hviler følgelig på et urigtigt grundlag. Spørgsmålet om de nationale myndigheders anvendelse af fællesskabsretten er i øvrigt af sekundær betydning og i den foreliggende sag rent teoretisk. Ved anvendelse af Traktatens artikel 177 kan det under alle omstændigheder sikres, at fællesskabsretten gennemføres ensartet, når der foreligger en gruppefritagelse.
- 42 Retten skal hertil bemærke, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at »forbudene i artikel 86... [har] umiddelbar virkning og medfører rettigheder for de retsundergivne, som de nationale retter skal beskytte« (dom af 30. april 1974, Sacchi, præmis 18, 155/73, Sml. s. 409; jf. tillige de ovennævnte domme BRT mod SABAM, præmis 16, 127/73, og Ahmed Saeed, præmis 32, in fine, 66/86). For så vidt som artikel 86 efter gældende fællesskabsret finder anvendelse på en aftale, der som sådan er fritaget efter artikel 85, kan de nationale retters kompetence med hensyn til anvendelsen af artikel 86, derfor ikke begrænses, blot fordi den omhandlede adfærd er fritaget i medfør af artikel 85, stk. 3. Modsat Walt Wilhelm-sagen, som sagsøgeren har henvist til, er anvendelsen af artikel 86 på en adfærd, der er omfattet af en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, ikke i strid med principperne om fællesskabsrettens forrang og ensartede anvendelse. Ved anvendelsen af artikel 86, især på en adfærd, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3, virker de nationale retter tværtimod som fællesskabsrettens almindelige judicielle instanser. Retterne anvender herved — hvilket påhviler dem som følge af EF-konkurrencereglernes forrang og virkning — simpelthen de fællesskabsretlige principper om forholdet mellem artikel 85, stk. 3, og artikel 86. Princippet om ensartet anvendelse af fællesskabsretten — i nærværende sag artikel 85, stk. 3, samt gennemførelsesbestemmelserne hertil og artikel 86 — er derfor fuldt ud tilgodeset, når en national ret anvender artikel 86 på en adfærd, der er fritaget efter artikel 85, stk. 3, nemlig ved anvendelse af proceduren for præjudiciel forelæggelse af et fortolkningsspørgsmål i medfør af Traktatens artikel 177.
- 43 Det tredje anbringende til støtte for sagsøgerens søgsmålsgrund er således uden grundlag.
- 44 Det fremgår i det hele af det anførte, at sagsøgte skal frifindes.

Sagens omkostninger

- 45 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der ifølge artikel 11, stk. 2, i Rådets ovennævnte afgørelse af 24. oktober 1988 finder tilsvarende anvendelse i sager for Retten, dømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har ikke fået medhold i sin eneste søgsmålsgrund, og bør derfor betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN

1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Cruz Vilaça

Barrington

Saggio

Edward

Yeraris

Schintgen

Briët

Vesterdorf

García-Valdecasas

Biancarelli

Lenaerts

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. juli 1990.

H. Jung

Justitssekretær

J. L. Cruz Vilaça

Præsident