

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(andra avdelningen i utökad sammansättning)
den 8 juni 1995 *

I mål T-9/93,

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, bolag bildat enligt tysk rätt, Nürnberg (Tyskland), företrätt av Ulrich Scholz, advokat i Nürnberg, och Rainer Bechtold, advokat i Stuttgart, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Loesch et Wolter, 8, rue Zithe,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av Bernd Langeheine vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av Alexander Böhlke, advokat i Frankfurt am Main, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georgios Kremis, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

med stöd av

* Rättegångsspråk: tyska.

Mars GmbH, bolag bildat enligt tysk rätt, Viersen (Tyskland), företrätt av Jochim Sedemund, advokat i Köln, och John E. Pheasant, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Michel Molitor, 14 A, rue des Bains,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 93/405/EEG av den 23 december 1992 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget på Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 och IV/34.072 — EGT nr L 183, 1993, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av B. Vesterdorf, ordförande, samt D.P.M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner och A. Kalogeropoulos, domare,

justitiesekreterare: H. Jung,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 16 november 1994,

följande

II - 1616

Dom

Bakgrund

- 1 Genom en skrivelse av den 7 maj 1985 anmälde sökanden till kommissionen en modell för ett "leveransavtal" avsett att reglera förbindelserna med företagets detaljhandlare. Den 20 september 1985 skickade kommissionens generaldirektorat för konkurrensfrågor till Schöllers advokat ett administrativt besked om avskrivning (nedan kallat "administrativt besked") med följande innehåll:

"Ni har den 2 maj 1985, på bolaget Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG: s vägnar, med stöd av artikel 2 i förordning nr 17 ansökt om ett icke-ingripandebesked för ett 'glassleveransavtal'.

I enlighet med artikel 4 i nämnda förordning har Ni också i förebyggande syfte anmält avtalet. Ni har senare genom en skrivelse av den 25 juni 1985 tillhandahållit ett standardavtal som skall tjäna som referens för de avtal som bolaget Schöller ingår i framtiden.

Genom en skrivelse av den 23 augusti 1985 har Ni tydligt angivit att den exklusiva inköpsskyldighet som åläggs kunden enligt det anmälda standardavtalet, och som är förenat med ett konkurrensförbud, kan sägas upp för första gången med sex månaders uppsägningstid senast i slutet av det andra avtalsåret, och därefter med samma uppsägningstid i slutet av varje år.

Det framgår av de fakta som kommissionen känner till, och som huvudsakligen grundar sig på vad Ni har uppgivit i Er ansökan, att löptiden för de avtal som skall

ingås i framtiden inte kommer att överskrida två år. Den genomsnittliga fasta löptiden för Er huvudmans samtliga 'glassleveransavtal' är därmed betydligt kortare än den femårsperiod som enligt kommissionens förordning 1984/83 av den 22 juni 1983 (EGT nr L 173, 30.6.1983, s. 5) utgör ett villkor för undantag för grupper av exklusiva inköpsavtal.

Dessa fakta visar att även med beaktande av antalet avtal av samma slag har de 'glassleveransavtal' som har ingåtts av bolaget Schöller inte särskilt till resultat att konkurrensen begränsas för en väsentlig del av de berörda produkterna. Tredje företags tillträde till detaljhandelssektorn är fortfarande säkerställt.

De 'glassleveransavtal' som har anmälts av bolaget Schöller är följaktligen förenliga med konkurrensreglerna i EEG-fördraget. Det finns därmed inte något skäl för kommissionen att ingripa mot de avtal som har anmälts av Er huvudman.

Kommissionen förbehåller sig likväl rätten att återuppta förfarandet om vissa av de rättsliga eller faktiska förhållanden som ligger till grund för denna bedömning väsentligt skulle ändras.

För övrigt kan Er huvudman meddelas att de 'glassleveransavtal' som redan gäller har underkastats en liknande bedömning och att de därför inte behöver anmälas, om löptiden för dessa avtal efter den 31 december 1986 inte överstiger två år, och de därefter kan sägas upp med högst sex månaders uppsägningstid i slutet av varje år..."

- 2 Mars GmbH (nedan kallat "Mars") ingav den 18 september 1991 till kommissionen ett klagomål mot sökanden och Langnese-Iglo GmbH (nedan kallat "Langnese"), för överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget, och begärde att förebyggande åtgärder skulle vidtas för att förhindra den allvarliga och oersättliga skada som enligt företaget skulle bli följden av att dess glassförsäljning avsevärt hindrades i Tyskland vid genomförandet av de mot konkurrensreglerna stridande avtal som sökanden och Langnese skulle ha ingått med ett stort antal detaljhandlare.

- 3 Genom ett beslut av den 25 mars 1992 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/34.072 — Mars mot Langnese och Schöller — Åtgärder i förebyggande syfte), förbjöd kommissionen i huvudsak — som en åtgärd i förebyggande syfte — sökanden och Langnese att göra gällande sina rättigheter enligt de avtal som hade ingåtts av bolagen eller för deras räkning, i den mån detaljhandlarna hade förbundet sig att uteslutande köpa, erbjuda till försäljning och/eller sälja glass av dessa tillverkare, med avseende på glassvarorna "Mars", "Snickers", "Milky Way" och "Bounty", när dessa erbjuds till den slutlige konsumenten i enskilda portioner. Kommissionen beslöt dessutom att kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal (EGT nr L 173, s. 5, nedan kallad "förordning nr 1984/83") inte skulle tillämpas på exklusiva avtal som ingicks av sökanden, i den mån så var nödvändigt för tillämpningen av ovannämnda förbud.

- 4 Det är mot denna bakgrund som kommissionen — för att fatta ett slutligt beslut om de berörda "leveransavtalen" efter beslutet av den 25 mars 1992 — den 23 december 1992 antog beslut 93/405/EEG i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget på Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 och

IV/34.072 — EGT nr L 183, 1993, s. 1, nedan kallat ”beslutet”), som lyder enligt följande:

”Artikel 1

De avtal som har ingåtts av Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, enligt vilka detaljhandlarna i Tyskland är skyldiga att, för försäljning av glass i enskild förpackning¹, endast köpa varor av det angivna företaget (skyldighet för exklusiva försäljningsställen), utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EEG-fördraget.

Artikel 2

Undantag enligt artikel 85.3 i EEG-fördraget kan inte beviljas för de i artikel 1 angivna avtalen.

Artikel 3

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG förpliktas att inom en tidsfrist av tre månader från delgivningen av detta beslut underrätta de återförsäljare med vilka företaget har ingått sådana avtal som anges i artikel 1 om ordalydelsen i artiklarna 1 och 2, samt uppge att de berörda avtalen är ogiltiga.

1 — Enligt förklaringarna om varugrupperingen av den 21 maj 1990 från glassektionen av förbundet för tysk sötsaksindustri (Bundesverband der deutschen Süßwarenindustrie eV).

Artikel 4

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG förbjuds att till och med den 31 december 1997 ingå sådana avtal som anges i artikel 1.

...”

- 5 Samma dag antogs ett beslut med avseende på Langnese (kommissionens beslut 93/406/EEG av den 23 december 1992 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget på Langnese-Iglo GmbH (IV/34.072 — EGT nr L 183, 1993, s. 1)).

Förfarande

- 6 Genom en ansökan ingiven till förstainstansrättens kansli den 10 april 1992 väckte sökanden talan om ogiltigförklaring av beslutet av den 25 mars 1992, och genom en särskild inlägga som samma dag diariefördes av förstainstansrättens kansli ansökte sökanden dessutom om att interimistiska åtgärder skulle vidtas (målen T-28/92 och T-28/92 R).
- 7 Genom ett beslut av den 16 juni 1992 förordnade förstainstansrättens ordförande om interimistiska åtgärder (Langnese-Iglo och Schöller Lebensmittel mot kommissionen, T-24/92 R och T-28/92 R, Rec. s. II-1839).

- 8 Genom en skrivelse ingiven till förstainstansrätten den 2 februari 1993 meddelade sökanden, med stöd av artikel 99 i rättegångsreglerna, förstainstansrätten att den återkallade sin talan, och genom ett beslut av den 1 april 1993 förordnade ordföranden för förstainstansrättens första avdelning att mål T-28/92 avskrevs.

- 9 Med tillämpning av artikel 173 fjärde stycket i EG-fördraget, i vilken bestämmelserna i artikel 173 andra stycket i EEG-fördraget återges, väckte sökanden, genom en ansökan ingiven till förstainstansrättens kansli den 20 januari 1993, den aktuella talan om ogiltigförklaring av beslutet.

- 10 Genom en särskild inlägga som samma dag diariefördes av förstainstansrättens kansli ansökte sökanden dessutom om uppskov med verkställigheten av beslutet, enligt artikel 185 i fördraget och artikel 104 i rättegångsreglerna för förstainstansrätten (mål T-9/93 R).

- 11 Genom en ansökan ingiven till förstainstansrättens kansli den 3 februari 1993 ansökte Mars om tillåtelse att intervensera i mål T-9/93 R, till stöd för kommissionens yrkanden. Genom en ansökan ingiven till förstainstansrättens kansli den 4 februari 1993 ansökte Mars dessutom om tillåtelse att intervensera i mål T-9/93, till stöd för kommissionens yrkanden.

- 12 Genom ett beslut av den 19 februari 1993 beviljade förstainstansrättens ordförande Mars tillåtelse att intervensera i mål T-9/93 R och fällde avgörande angående sökandens ansökan om uppskov med verkställighet (Langnese-Iglo och Schöller mot kommissionen, T-7/93 R och T-9/93 R, Rec. s. II-131).

- 13 Genom ett beslut av den 12 juli 1993 beviljade ordföranden för förstainstansrättens första avdelning Mars tillåtelse att intervensera i mål T-9/93 och biföll ett av sökanden framställt yrkande om konfidentiell behandling enligt artikel 116.2 i rättegångsreglerna för förstainstansrätten.
- 14 Även Langnese väckte talan om ogiltigförklaring av det beslut som är riktat till detta företag (mål T-7/93). Mars beviljades tillåtelse att intervensera också i detta mål.
- 15 Efter referentens rapport beslöt förstainstansrätten (andra avdelningen i utökad sammansättning) att inleda den muntliga förhandlingen utan föregående bevisupptagning. Förstainstansrätten uppmanade likväl, genom en skrivelse av den 26 september 1994, parterna att skriftligen svara på vissa frågor. Sökanden och svaranden besvarade de ställda frågorna genom en skrivelse av den 17 respektive den 19 oktober 1994. Ordföranden för andra avdelningen i utökad sammansättning biföll, genom ett beslut av den 9 november 1994, ett av sökanden framställt yrkande om konfidentiell behandling av vissa uppgifter i parternas svar på de ställda frågorna, i enlighet med artikel 116.2 i rättegångsreglerna för förstainstansrätten.
- 16 Den konfidentiella behandling som enligt de ovan nämnda besluten av den 12 juli 1993 och den 9 november 1994 skall omfatta vissa uppgifter iakttogs under sammanträdet. Så är även fallet i denna dom.
- 17 Vid sammanträdet den 16 november 1994 hördes parternas framställningar och svar på förstainstansrättens frågor.

Parternas yrkanden

18 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara kommissionens beslut,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

19 Svaranden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de för det interimistiska förfarandet.

20 Intervenienten Mars har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de för det interimistiska förfarandet.

21 Till stöd för sin talan har sökanden gjort gällande följande tre grunder: För det första en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget, eftersom de omtvistade avtalen

inte har en märkbar effekt på konkurrensen. För det andra en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget, genom att kommissionen har vägrat bevilja ett enskilt undantag för de omtvistade avtalen. För det tredje en överträdelse artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen för tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr 13, 1962, s. 204, nedan kallad "förordning nr 17").

Angående den grund som avser en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget

- 22 Denna grund innehåller tre led. Sökanden har lagt kommissionen till last att ha antagit en alltför snäv avgränsning av den relevanta marknaden. Dessutom skulle kommissionen ha felbedömt leveransavtalens inverkan på konkurrensen. Slutligen har sökanden hävdad att kommissionen inte har befogenhet enligt artikel 3 i förordning 17 att förbjuda alla befintliga exklusiva avtal, inbegripet de som inte faller under det förbud som fastställs i artikel 85.1 i fördraget.

Angående grundens första led som avser avgränsningen av marknaden

- 23 Sökanden har gjort gällande att kommissionens avgränsning av såväl produktmarknaden som den geografiska marknaden är felaktig.

Produktmarknaden

- 24 Kommissionen har i punkt 87 i beslutet avgränsat produktmarknaden som den för industritillverkad glass i enskild förpackning som säljs genom alla slags distributionskanaler, med undantag för hemförsäljning.

Sammanfattning av parternas argument

- 25 Sökanden har gjort gällande att den berörda marknaden omfattar glass i allmänhet, oberoende av det sätt på vilken den tillverkas (industriellt eller hantverksmässigt), det portionsantal eller den förpackning i vilken den erbjuds. Det finns inte någon märkbar skillnad med avseende på egenskaper, slutlig användning, fabrikationssätt och pris som ger skäl att utesluta att produkterna är utbytbara eller ekvivalenta eller som skulle kunna motivera att man skiljer mellan olika marknader för vissa typer av glass.
- 26 Enligt sökanden måste produktmarknaden definieras uteslutande i förhållande till konsumentens behov. Företaget erinrar om att enligt kommissionens meddelande av den 3 september 1986 om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av artikel 85.1 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT nr C 231, 1986, s. 2, punkterna 11 och 12, nedan kallat "meddelande om avtal av mindre betydelse") måste produkter som ingår i en marknad vara "utbytbara, vilket skall bedömas ur konsumentens synvinkel och normalt genom att samtidigt ta hänsyn till produkternas egenskaper, pris och användning". Kommissionen har därför fel när den påstår att konsumentens synvinkel inte är den "enda" faktor som möjliggör en avgränsning av produktmarknaden i det aktuella fallet och undersöker denna marknad "ur olika vinklar". De avgörande kriterierna för produktmarknadens begränsning är konsumenternas enhetliga behov av att njuta av en portion glass och det faktum att varje form av detaljhandel återförsäljer glassen huvudsakligen obearbetad till konsumenterna.
- 27 Vad beträffar hantverksmässigt tillverkad glass har sökanden betonat att konsumenten gör sitt val oberoende av om försäljaren erbjuder hantverksmässigt eller industriellt tillverkad glass. Den förväntade njutningen av att förtära en portion glass är den samma i alla fall. Industritillverkad glass serverad i enskilda portioner

befinner sig, enligt sökanden, dessutom ofta i konkurrens med hantverksmässigt tillverkad glass på vissa näringsställen, nämligen snabbmatsrestauranger, snackbarer, restaurangvagnar, o. s. v.

- 28 Vad angår olika typer av industritillverkad glass har sökanden gjort gällande att sådan glass är identisk ur kvalitetsmässig synvinkel, oberoende av de olika förpackningar i vilken den säljs. Enligt sökanden är storleken och formen på den förpackning i vilken glassen erbjuds till konsumenterna därför av liten betydelse. Alla dessa glasstyper distribueras genom olika förekommande distributionskanaler och är enligt sökanden ämnade att tillgodose samma konsumentbehov. Till stöd för sitt påstående har sökanden tillagt dels att vissa bensinstationer till exempel säljer glass i familjeförpackning, dels att bagerier, konditorier och kiosker också kan dela upp såväl hantverksmässigt som industriellt tillverkad glass i storkundsförpackning i enskilda portioner och sälja den för omedelbar förtäring. Sökanden uppskattar dessutom att cirka 14 procent av alla dess kunder, nämligen detaljhandlare som säljer för omedelbar förtäring på gatan som till exempel bensinstationer, kiosker, o. s. v., bara köper kombinationer av enskilt förpackade portioner och glass som säljs i förpackningar som innehåller flera enskilda portioner, så kallade "flerpack", vilket visar att kommissionens avgränsning av marknaden är felaktig.
- 29 Sökanden har därpå gjort gällande att den plats där glassen säljs och förtärs inte har något inflytande på konsumentbehovet. Konsumentens behov att förtära en portion glass är detsamma, oavsett om detta behov uppstår i hemmet, på arbetsplatsen, på gatan, på resa eller någon annanstans. Alla olika typer av glass bör därför ingå i marknaden, utan åtskillnad med avseende på de distributionskanaler genom vilka de säljs. Kommissionen har därför felaktigt uteslutit glass som distribueras genom hemförsäljning.
- 30 Sökanden har till sist påstått att det är fel att som kommissionen åberopa den rättspraxis enligt vilken "även identiska produkter kan tillhöra separata produktmark-

nader när de tillgodoser ett särskilt behov” (se punkt 79 i beslutet). Enligt sökanden finns det inte någon ”specifik” efterfrågan från konsumenterna beroende på olika typer av förpackning och dessa förpackningar svarar inte mot sådana ”ekonomiska behov som också är olika” som avses i rättspraxis (se domstolens dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, 85/76, Rec. s. 461).

31 Kommissionen har tagit konsumentens synvinkel som utgångspunkt för avgränsningen av marknaden. Enligt kommissionen måste därför först sådan glass utelämnas som erbjuds som ingående i en restaurangtjänst, eftersom denna marknad, i enlighet med domstolens praxis (se domen av den 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Rec. s. I-935), utgör en särskild marknad. Enligt kommissionen gäller detta en del av den industritillverkade glass som erbjuds till storkunder samt hantverksmässigt tillverkad glass.

32 Kommissionen har vidare anfört att på grund av det för produkterna speciella samband som finns mellan nedfrysningmöjlighet och förtäring är platsen för glassens förtäring av avgörande betydelse för bestämningen av produkternas utbytbarhet i konkurrensrättsligt hänseende, i synnerhet som det uppstådda behovet ofta är impulsivt och kortvarigt.

33 Mot denna bakgrund bör, enligt kommissionen, från den relevanta marknaden också uteslutas ”flerpack”, glass i familjeförpackning och glass i enskild förpackning som levereras genom hemförsäljning för privat frysförvaring, eftersom dessa produkter inte finns tillgängliga för att tillgodose ett behov utanför hemmet. Kommissionen har gjort gällande att det av domstolens rättspraxis framgår att även identiska produkter kan tillhöra olika produktmarknader när de tillgodoser en särskild efterfrågan (se domen av den 6 mars 1974, Istituto Chemioterapica Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, 6/73 och 7/73, Rec. s. 223, den ovan nämnda domen Hoffmann-La Roche mot kommissionen, och domen av den 9 november 1983, Michelin mot kommissionen, 322/81, Rec. s. 3461).

- 34 Enligt kommissionen utgör konsumentens synvinkel emellertid inte den enda avgörande faktorn. Dess uppfattning är att hänsyn också måste tas lika mycket till de olika distributionskanaler genom vilka glassen erbjuds till konsumenterna, som till de olika konkurrensvillkor som utmärker skilda distributionsled, eftersom de omtvistade leveransavtalen rör tillverkarnas och/eller grossisternas tillträde till detaljhandeln. Eftersom all konkurrensbegränsning inom varje handelsled från tillverkaren till den slutlige konsumenten är förbjuden enligt artikel 85.1 i fördraget (se domstolens dom av den 29 oktober 1980, Van Landewyck m. fl. mot kommissionen, 209/78—215/78 och 218/78, Rec. s. 3125), kan konsumentens synvinkel i detta fall inte vara det enda avgörande kriteriet vid bedömningen av leveransavtalens inverkan på konkurrensen.
- 35 Enligt kommissionen bör mot denna bakgrund från produktmarknaden uteslutas dels hantverksmässigt tillverkad glass, eftersom sådan glass inte utgör föremål för handel på den marknad där industriglasstillverkare och grossister står för utbudet och detaljhandlarna står för efterfrågan, dels så kallad ”scooping-glass”, eftersom detaljhandeln uppfyller olika distributionsuppgifter med avseende på denna glass-typ och glass i enskild förpackning och distributionskanalerna för dessa två produktgrupper bara marginellt överlappar varandra. Kommissionen har i detta hänseende anfört att efterfrågemönstret kan beaktas vid avgränsningen av marknaden (se den ovan nämnda domen Michelin mot kommissionen).
- 36 Vad beträffar glass i storkundsförpackning har kommissionen tillagt att också den uppvisar olika särdrag som motiverar att den inte skall ingå i den relevanta marknaden.
- 37 Intervenienten Mars anser att den av kommissionen avgränsade marknaden bör uppdelas i ytterligare två delmarknader med avseende på å ena sidan traditionell handel, å andra sidan detaljhandeln för livsmedel, eftersom det aktuella förfarandet i huvudsak endast rör delmarknaden för glass i enskild förpackning som distribu-

eras inom den traditionella handeln, då tillträdet till denna sektor är stängd för nya konkurrenter på grund av förekomsten av exklusiva avtal.

- 38 Enligt Mars är det även värt att notera att mer än 60 procent av all glass i enskild förpackning distribueras genom den traditionella handeln. Mars har i det avseendet tillagt att kommissionen också har påvisat viktiga strukturskillnader mellan de två delmarknaderna, vilket enligt tysk rätt kan motivera ytterligare en uppdelning. Enligt Mars kan samma produkter hänföras till olika marknader när de säljs genom olika distributionskanaler.

Förstainstansrättens bedömning

- 39 Angående prövningen av om den bestämning av marknaden som kommissionen har antagit i punkt 87 i beslutet är välgrundad, erinrar förstainstansrätten inledningsvis om att avgränsningen av den relevanta marknaden är avgörande för att undersöka de exklusiva avtalens inverkan på konkurrensen, och särskilt för att undersöka möjligheterna för nya inhemska eller utländska konkurrenter att etablera sig på glassmarknaden eller där öka sina marknadsandelar (se den ovan nämnda domen *Delimitis*, punkterna 15 och 16).

- 40 I detta hänseende skall enligt domstolens rättspraxis hänsyn tas till konsumentens synvinkel. Domstolen har således i ett mål angående tillämpningen av artikel 86 i fördraget förklarat att konkurrensmöjligheterna bara kan bedömas med hänsyn till de aktuella produkternas utmärkande egenskaper, genom vilka dessa produkter är särskilt lämpade att tillgodose ett konstant behov och endast i begränsad mån är utbytbara mot andra produkter (se domstolens dom av den 21 februari 1973, *Europemballage och Continental Can mot kommissionen*, 6/72, Rec. s. 215). Vad gäller begreppet produktmarknad har domstolen mer specifikt förklarat att detta begrepp innebär att en effektiv konkurrens kan råda mellan de produkter som ingår i mark-

naden, vilket förutsätter att alla varor som ingår i denna marknad i tillräcklig grad är utbytbara (se den ovan nämnda domen Hoffman-La-Roche mot kommissionen). Vad angår möjligheten att beakta andra omständigheter, påpekar förstainstansrätten att det följer av rättspraxis att det i detta fall inte räcker med att bara undersöka de aktuella produkternas objektiva egenskaper, utan att hänsyn också måste tas till konkurrensvillkoren samt utbuds- och efterfrågemönstret på marknaden (se den ovan nämnda domen Michelin mot kommissionen, punkt 37).

- 41 Förstainstansrätten måste därför mot bakgrund av dessa överväganden pröva om det finns grund för den avgränsning av produktmarknaden som har antagits av kommissionen. På denna punkt erinras om att kommissionen i punkt 80 i beslutet har påstått att "scooping-glass" och hantverksmässigt tillverkad glass som säljs för omedelbar förtäring på allmän plats, det vill säga med undantag för restaurangtjänster, liksom glass i enskild förpackning som säljs på samma plats, ur konsumentens synvinkel utgör likvärdiga produkter.
- 42 Förstainstansrätten finner att kommissionen därför på goda grunder har uteslutit sådan glass som erbjuds som ingående i en restaurangtjänst, det vill säga en del av den industritillverkade glassen i storkundsförpackning och hantverksmässigt tillverkad glass, med hänsyn till att denna marknad i enlighet med domstolens rättspraxis (se den ovan nämnda domen Delimitis, punkt 16) utgör en särskild marknad, då glassförtäring på restaurang i regel kännetecknas av en tjänsteprestation och mindre ofta är underordnad ekonomiska överväganden än vad som är fallet vid inköp i till exempel en livsmedelsbutik.
- 43 Förstainstansrätten finner även att, som kommissionen har anfört, sådan glass måste uteslutas som förvaras i privat frys i konsumentens hem, då denna glass inte finns tillgänglig för att tillfredsställa ett behov utanför hemmet — i synnerhet behov som uppstår på impuls — och endast i viss grad är utbytbar mot produkter som säljs på allmän plats (se den ovan nämnda domen Michelin mot kommissio-

nen, punkterna 48 och 49). Det gäller glass i familjeförpackning, vilket är en produkt som i regel köps för att förvaras i hemmet, och glass i enskild förpackning som levereras till hemmet. Enligt förstainstansrättens uppfattning har kommissionen rätt när den anser att platsen för förtäring i detta fall är en bestämmande faktor för avgränsningen av marknaden, eftersom det är fråga om produkter som utan möjlighet till nedkylning endast kan bevaras under en mycket begränsad tid, och som därför måste förtäras i omedelbar närhet av det senaste ställe där kylförvaring var möjlig.

44 Vad angår glass som säljs i "flerpack" konstaterar förstainstansrätten att det framgår av beslutet att denna typ av glass i regel säljs i livsmedelshandeln och genom hemförsäljning. Den finns följaktligen inte tillgänglig för att tillfredsställa ett impulsivt behov utanför hemmet. Sökanden har visserligen gjort gällande att cirka 14 procent av alla dess kunder bara köper kombinationer av enskilt förpackade portioner och "flerpack". Av sökandens svar på de frågor som förstainstansrätten har ställt på denna punkt framgår emellertid dels att denna procentsats inte bara avser detaljhandlarna inom den traditionella handeln utan även de inom livsmedelshandeln, dels att det under år 1993 bara var ett mycket begränsat antal detaljhandlare inom den traditionella handeln som sålde denna kombination. Vidare har sökanden under den muntliga förhandlingen inte invänt mot det påstående som kommissionen hade gjort i sitt svar på förstainstansrättens frågor, enligt vilket "flerpack" bara står för cirka 4 procent av den totala volymen av försäljningen till de kunder som sökanden har hänvisat till. Förstainstansrätten finner därför att kommissionen riktigt har bedömt att "flerpack" i regel inte är avsedda för omedelbar förtäring och att glass som säljs i sådan förpackning inte ingår i produktmarknaden.

45 Det framgår av punkt 81 och följande i beslutet att med hänsyn till de skilda konkurrensvillkor som utmärker de olika distributionsled och parallella distributionskanaler genom vilka produkterna i fråga erbjuds till konsumenten, måste, enligt kommissionen, också uteslutas dels alla former av hantverksmässigt tillverkad glass,

det vill säga hantverksmässigt tillverkad glass som säljs på offentlig plats, med undantag av restaurangtjänster, av den anledning att sådan glass inte utgör ett föremål för handel på en marknad som bara omfattar försäljning till detaljhandlare, dels industritillverkad glass i storkundsförpackning av den anledningen att denna glasstyp uppvisar åtskilliga särdrag i förhållande till industritillverkad glass i enskild förpackning.

46 Vad angår hantverksmässigt tillverkad glass konstaterar förstainstansrätten att det framgår av handlingarna i målet att denna glasstyp i allmänhet säljs på eller i närheten av platsen för tillverkning. Den omfattas därför inte av de omtvistade leveransavtalen, eftersom hantverksmässigt tillverkad glass varken erbjuds till eller efterfrågas av de olika formerna av detaljhandel, något som inte har förnekats av sökanden. Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att bedömningen av den inverkan på konkurrensen som de omtvistade leveransavtalen kan föra med sig, särskilt vad avser tillträdet till detaljhandeln, inte skulle förändras om produktmarknaden ansågs omfatta denna typ av glass. Kommissionen har därför rätt i sin uppfattning att den skall uteslutas från produktmarknaden.

47 Vad beträffar industritillverkad glass i storkundsförpackning avsedd att säljas i enskilda portioner, det vill säga "scooping-glass", är det lämpligt att påminna om att det i punkt 84—86 i beslutet anges tre skäl till att den inte skall anses ingå i produktmarknaden. För det första uppges i beslutet att detaljhandeln uppfyller olika distributionsuppgifter som bestäms av produkternas skilda egenskaper, vilket innebär att distributionskanalerna för de två berörda varugrupperna bara marginellt överlappar varandra. För det andra anges i beslutet att den ytterligare omvandling som krävs för "scooping-glass", det vill säga uppdelningen i portioner, har till resultat att glass i enskild förpackning och "scooping-glass" inte erbjuds tillsammans i några större kvantiteter annat än inom restaurangbranschen. Därtill är livsmedelshandeln och den traditionella specialhandeln som distribuerar den avgjort största delen industriglass i enskild förpackning i regel inte utrustad för försäljning av glass i storkundsförpackning. För det tredje anges i beslutet att det mellan de båda produktkategorierna förekommer skillnader i produktionstekniskt avseende.

- 48 Förstainstansrätten konstaterar dock att kommissionen inte har framlagt några bevis för att det skulle finnas olika efterfrågemönster för de två produktkategorierna som, i enlighet med den ovan nämnda domen Michelin mot kommissionen, i sig kan motivera en avgränsning av marknaden som utesluter ”scooping-glass” som säljs på offentlig plats. Förstainstansrätten anser nämligen att även om det finns olika distributionskanaler är den omständigheten i detta fall inte i sig tillräcklig för att utesluta glass i storkundsförpackning som säljs i enskilda portioner för förtäring, med undantag av restaurangtjänster. I det avseendet har sökanden korrekt gjort gällande att själva den uppdelning i enskilda portioner som görs av en försäljare i den traditionella handeln inte utgör en sådan ”restaurangtjänst” som avses i den ovan nämnda domen Delimitis. Kommissionen har inte heller visat att uppdelningen i portioner påverkar konsumentens val mellan ”scooping-glass” och glass i enskild förpackning på försäljningsställen där sådan glass erbjuds tillsammans, nämligen på allmän plats. Kommissionen har själv påstått att dessa två typer av glass ur konsumentens synvinkel utgör likvärdiga produkter (se punkt 41, ovan). Dessutom anser förstainstansrätten att det faktum att det kan finnas en skillnad mellan de två produkterna vad avser produktionstekniken inte i sig är tillräckligt för att särskilja två olika marknader, när konsumenten inte fäster någon avgörande vikt vid denna skillnad.

- 49 Förstainstansrätten konstaterar vidare att det framgår av handlingarna i målet att ”scooping-glass” i varje fall till en del säljs på offentlig plats, med undantag av restaurangtjänster, det vill säga inom den traditionella specialhandeln. Av handlingarna framgår också att inte bara kiosker, utan även bagerier och konditorier, godisbutiker, glassförsäljare, biografier, simhallar och bensinstationer har den nödvändiga utrustningen för försäljning av ”scooping-glass” och att dessa försäljningsställen samtidigt är i stånd att erbjuda glass i enskild förpackning. Kommissionen har för sin del under det skriftliga förfarandet i varje fall underförstått medgivit att en del av glassen i storkundsförpackning erbjuds i form av ”scooping-glass” för omedelbar förtäring, med undantag av restaurangtjänster.

- 50 Följaktligen inställer sig frågan om kommissionen inte borde ha tagit med en del av den glass i storkundsförpackning som delas upp i enskilda portioner och säljs i konkurrens med glass i enskild förpackning från olika typer av försäljningsställen på allmän plats, då dessa två produktkategorier ur konsumentens synvinkel är utbytbara. Det bör dock erinras om att det av punkt 140 i beslutet, mot vilken sökanden inte har gjort någon invändning, framgår att glass avsedd för storkunder inom den traditionella handeln distribueras genom exklusiva avtal. Under dessa omständigheter finner förstainstansrätten att beslutet att inte låta "scooping-glass" ingå i den relevanta marknaden inte innebar någon väsentlig förändring av bedömningen av de omtvistade leveransavtalens inverkan på konkurrensen, särskilt vad gäller frågan om tillträdet till marknaden var stängt eller avsevärt hindrades genom förekomsten av dessa avtal. Förstainstansrätten finner därmed att det inte finns anledning att ogiltigförklara beslutet på grund av att "scooping-glass" inte har innefattats i produktmarknaden.
- 51 Sökandens klagomål angående avgränsningen av produktmarknaden kan därför inte godtas.

Den geografiska marknaden

Sammanfattning av parternas argument

- 52 Sökanden har anfört att om man godtar den avgränsning av marknaden som företaget förordar, och som avser glassmarknaden i vid bemärkelse, bör den geografiska marknaden inte begränsas till att gälla den inhemska tyska marknaden, med hänsyn dels till att kommissionen i sitt beslut har beaktat det faktum att sökanden, Langnese och Mars inte bara är verksamma i Tyskland utan även i flera andra länder, dels till att utvecklingen av den europeiska inre marknaden innebär en fortsatt minskning av de nationella skillnader som finns.

- 53 Kommissionen har hävdats att den geografiska marknaden är den tyska marknaden. Den har först gjort gällande att sökanden själv har medgivit att det fortfarande finns skillnader på nationell nivå. Vidare är glassdistributionen, inbegripet de omtvistade leveransavtal som har ingåtts av sökanden, helt och hållet organiserad på det nationella planet. För övrigt skiljer sig medlemsstaterna från varandra vad gäller marknadsstrukturer och marknadsnärvaro. Kommissionen har slutligen tillagt att reglerna för glasstillverkning inte är harmoniserade.

Förstainstansrättens bedömning

- 54 Det skall först påpekas att det framgår av beslutet, och sökanden har inte framställt någon invändning på den punkten, att distributionen av industriellt tillverkad glass alltid företas på nationell nivå och att de nationella särdragen återspeglas i olikheterna i marknadsstruktur, varusortiment och priser. Det är också obestriddt att de omtvistade avtalen har ingåtts på nationell nivå. Sökanden har inte heller uttryckligen invänt att det skulle vara fel att avgränsa den geografiska marknaden till den tyska marknaden när produktmarknaden definieras som den för industritillverkad glass i enskild förpackning. Förstainstansrätten finner därför att det är på goda grunder och i enlighet med rättspraxis som kommissionen har antagit den tyska marknaden som den relevanta geografiska marknaden (se de ovan nämnda domarna *Delimitis*, punkt 18, och *Michelin*, punkt 25—28). Klagomålet angående avgränsningen av den geografiska marknaden kan därför inte godtas.

- 55 Det första ledet i den grund som avser en felaktig avgränsning av marknaden skall därför lämnas utan avseende.

Angående grundens andra led som avser de exklusiva avtalens inverkan på konkurrensen

Sammanfattning av parternas argument

- 56 Sökanden har gjort gällande att, oberoende av den relevanta marknads avgränsning, har kommissionen inte gjort en utvärdering av marknaden som är tillräckligt grundlig och uppfyller de kriterier som har slagits fast i domstolens rättspraxis. Till stöd för detta påstående har sökanden erinrat om att det följer av den ovan nämnda domen *Delimitis* att de verkningar som de på en marknad förekommande avtalsnäten har på tillträdet till denna marknad beror på förhållandet mellan det antal försäljningsställen som är bundna av avtal och de som inte är det, de ingångna avtalens varaktighet samt förhållandet mellan de produktkvantiteter som berörs av avtalen och de som inte berörs.
- 57 Enligt sökanden kan kommissionen inte inskränka sig till att konstatera att företagens leveransavtal omfattar cirka ... procent (mer än 10 procent) av de befintliga försäljningsställena på den relevanta marknaden och av den försäljningsvolym som uppnås genom dessa.
- 58 Av domstolens rättspraxis följer enligt sökanden att frågan om ett exklusivt inköpsavtal har konkurrensbegränsande verkan avgörs inte bara av de verkningar som är direkt bundna till det enskilda avtalet, utan även av dess ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket det tillsammans med andra avtal kan bidra till en kumulativ effekt på konkurrensen. Detta allmänna sammanhang omfattar dels de avtal som en och samma tillverkare har ingått med andra kunder (se domen av den 11 juli 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. s. 837, och domen av den 19 april 1988, *Erauw-Jacquery*, 27/87, Rec. s. 1919), dels liknande kontrakt som andra tillverkare har ingått med sina kunder (se domstolens dom av den 12 december 1967, *Brasserie de Haecht*, 23/67, Rec. s. 525, och den ovan nämnda domen *Delimitis*). Dessutom är den kumulativa effekt som liknande avtal har på marknaden bara en omständighet

bland andra. Enligt sökanden är det mot bakgrund av dessa principer som leveransavtalens verkan på konkurrenternas tillträde till marknaden måste utvärderas.

59 Med avseende på glassmarknaden i Tyskland har sökanden för det första påstått att graden av bundenhet, nämligen den kvantitet glass i enskild förpackning som säljs genom de av kommissionen ifrågasatta leveransavtalen, är synnerligen liten. Företaget anser att även om kommissionens avgränsning av marknaden godtas, omfattar de exklusiva inköpsavtal som har ingåtts av sökandens konkurrenter knappt mer än 18 procent av de kvantiteter som säljs på marknaden. Den grad av bundenhet som följer av de av sökanden ingångna avtalen uppgår bara till cirka ... procent. Den grad av bundenhet på 30 procent som kommissionen ansåg godtagbar i den femtonde rapporten om konkurrenspolitiken för år 1985 har därmed inte överskridits. Sökanden har tillagt att det är fel att, som kommissionen har gjort, innefatta de kvantiteter som säljs genom grossister i beräkningarna av graden av bundenhet, eftersom de senare ingår exklusiva inköpsavtal i sitt eget namn och under eget ansvar.

60 För det andra anser sökanden att kommissionen inte har tagit tillräcklig hänsyn till leveransavtalens relativt korta varaktighet. Det framgår av bestämmelserna i de omtvistade avtalen att dessa avtal kan sägas upp i slutet av varje kalenderår som följer på utgången av det andra året efter det att avtalen trädde i kraft. Den fasta löptiden för två tredjedelar av de avtal som gäller vid en viss tidpunkt är därmed enligt sökanden kortare än ett år. En tredjedel av alla de exklusiva avtalen sägs dessutom upp varje år och tillträdet till försäljningsställena öppnas därmed för alla konkurrenter.

61 Med hänsyn till dessa omständigheter kan, enligt sökanden, det befintliga nätet av exklusiva avtal varken hindra eller stänga tillträdet till den traditionella specialisthandeln.

- 62 Kommissionen har i punkt 68—71 i beslutet först konstaterat att den exklusiva inköpsskyldighet som sökanden har ålagt återförsäljarna innebär en konkurrensbegränsning såväl mellan produkter av samma märke som mellan produkter av olika märken. Det produktutbud som härrör från andra leverantörer kan därför, enligt kommissionen, inte tas i övervägande av återförsäljaren, med hänsyn till det förbud som binder honom enligt avtalet. Enligt kommissionen försvårar eller hindrar de exklusiva inköpsskyldigheterna tillkomsten av sådana oberoende distributionsmönster som är nödvändiga för att nya konkurrenter skall kunna uppträda på den relevanta marknaden eller där förstärka en redan upprättad ställning. Den avtalsenliga skyldigheten att uteslutande köpa produkter som omfattas av avtalet innebär ipso facto ett förbud mot att distribuera konkurrerande produkter. Föreningen av dessa två faktorer innebär att konkurrensbegränsningen i detta fall förstärks.
- 63 Kommissionen har därpå i punkt 105 i beslutet konstaterat att sökandens omsättning och den andel av marknaden som omfattas av de omtvistade leveransavtalen klart överskrider de trösklar som fastställs i kommissionens meddelande om avtal av mindre betydelse. Dessa omständigheter är tillräckliga för att dra slutsatsen att möjligheterna för tyska konkurrenter och konkurrenter från andra medlemsstater att etablera sig på den relevanta marknaden eller att där förstärka sin ställning på ett märkbart sätt begränsas av leveransavtalen, och att dessa därmed faller under förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Enligt kommissionen är det i detta fall inte nödvändigt att utreda vad samma slags avtalsnät upprättade av andra företag har för inverkan på marknaden.
- 64 I sina inlagor och under förhandlingen har kommissionen tillagt att enligt rättspraxis skall hänsyn bara tas till de kumulativa verkningarna av parallella nät, när det nät av likartade avtal som har ingåtts av det företag vilket är föremål för den konkurrensrättsliga undersökningen inte i sig själv uppfyller kriteriet om märkbar effekt (se de ovan nämnda domarna *Brasserie de Haecht* och *Delimitis*).

- 65 Intervenienten Mars har medgivit att graden av bundenhet ligger mellan 25 och 30 procent, oavsett om man antar kommissionens eller sökandens avgränsning av marknaden. Denna siffra återspeglar dock inte de verkliga förhållandena på marknaden inom den traditionella handeln, eftersom beräkningarna är grundade på ett medelvärde.
- 66 Enligt Mars bör förhållandena inom den traditionella handeln granskas på ett specifikt sätt, eftersom mer än 60 procent av all glass i enskild förpackning distribueras genom denna marknad och det bara är inom denna del av den relevanta marknaden som sökanden har ingått leveransavtal.
- 67 Enligt de undersökningar som har utförts av intervenienten uppgick under år 1990 graden av bundenhet inom den traditionella handeln till mer än 70 procent. Dessutom måste hänsyn tas till sökandens marknadsandelar och till graden av koncentration. Enligt Mars har sökanden under år 1992 uppnått en marknadsandel på 33,4 procent av försäljningen av glass i enskild förpackning inom den traditionella handeln. Langneses andel uppgick till 60 procent. Dessa båda stora tillverkare hade därmed tillsammans en marknadsandel på mer än 90 procent. Det råder enligt Mars ingen tvekan om att sökanden och Langnese innehar en dominerande ställning på denna marknad. Det kan därför inte på allvar betvivlas att de exklusiva avtal som har ingåtts av sökanden faller under artikel 85.1 i fördraget.
- 68 Vad gäller de huvudargument som sökanden har framhållit för att visa att tillträdet till den traditionella specialhandeln varken är stängt eller hindrat, har Mars för det första anmärkt att de ur ekonomisk synpunkt mest intressanta försäljningsställena faktiskt är bundna av exklusiva avtal. Mars har för det andra hävdats att avtalens faktiska varaktighet är mycket längre än de uppskattningar som har redovisats av sökanden och att den troligen överskrider tio år. I allmänhet beslutar nämligen inte detaljhandlarna att säga upp sina avtal.

- 69 En ny konkurrent som inträder på marknaden ställs därtill inför problemet att det för den detaljhandlare som är bunden av ett exklusivt avtal rör sig om ett "beslut om allt eller intet". Få detaljhandlare är beredda att avstå från produktsortimentet hos en dominerande konkurrent för att välja en ny konkurrents mindre kända produkter.
- 70 Bara det faktum att Mars inom detaljhandeln för livsmedel vad avser "flerpack" — vilka inte omfattas av några exklusiva avtal — enligt egna uppgifter har en marknadsandel på cirka 17 procent som således är tio gånger större än dess marknadsandel (cirka 1,7 procent) för glasspinnar inom den traditionella handeln, är ett tillräckligt bevis för att tillträdet till den traditionella handeln är stängt.

Förstainstansrättens bedömning

- 71 Inledningsvis skall påpekas att kommissionen i punkt 68—70 i beslutet korrekt har fastslagit att den klausul i leveransavtalen, genom vilken detaljhandlaren åtar sig att på sitt försäljningsställe endast sälja varor som har köpts direkt av sökanden, innehåller såväl en exklusiv inköpsskyldighet som ett konkurrensförbud, som tillsammans kan medföra en konkurrensbegränsning enligt artikel 85.1. i fördraget såväl mellan produkter av samma märke som mellan produkter av olika märken.
- 72 Förstainstansrätten skall mot denna bakgrund pröva om kommissionen på ett tillräckligt sätt faktiskt och rättsligt har styrkt sitt påstående att de omtvistade leveransavtalen hade en märkbar effekt på konkurrensen på marknaden.

- 73 Till att börja med konstaterar förstainstansrätten att sökanden har en stark ställning på den relevanta marknaden. Som framgår av beslutet hade sökanden under år 1991 en total omsättning på ... (mer än en miljard) DM, varav ... (mer än 900 millioner) DM på glassområdet. Koncernen med samma namn hade under samma period en konsoliderad omsättning på ... (mer än 1,5 miljarder) DM. Till detta kommer att koncernen Südzucker, som direkt eller indirekt äger 49 procent av sökandens kapital, har redovisat en omsättning på 4,54 miljarder DM. Enligt punkterna 31 och 35 i beslutet uppgick sökandens andel av den relevanta marknaden under år 1991 till cirka ... procent inom livsmedelshandeln och till ... (mer än 25 procent) inom den traditionella handeln. Det skall påpekas att sökanden under den muntliga förhandlingen har bekräftat att den sistnämnda siffran stämmer, under förutsättning att man antar den avgränsning av marknaden som har gjorts av kommissionen. Vad angår de omtvistade avtalens kvantitativa betydelse på den relevanta marknaden konstaterar förstainstansrätten att det framgår av handlingarna i målet att på hela den relevanta marknaden, som den har definierats av kommissionen, har sökanden genom avtalen bundit cirka ... procent (mer än 10 procent) av försäljningsställena och att den försäljningsvolym som sökanden uppnår genom dessa försäljningsställen också utgör cirka ... procent (mer än 10 procent) av den totala försäljningsvolymen på marknaden.
- 74 Enligt kommissionen är de sistnämnda uppgifterna tillräckliga för att fastställa att möjligheterna för tyska konkurrenter och konkurrenter från andra medlemsstater att etablera sig på den relevanta marknaden eller att där förstärka sin ställning på ett märkbart sätt begränsas av avtalen. Det är därför inte nödvändigt att utreda de kumulativa verkningarna av de parallella nät som har upprättats av andra glassleverantörer, med tanke på att de omtvistade avtalen omfattar en marknadsandel som utgör cirka ... procent (mer än 10 procent) av den relevanta marknaden och att de delaktiga företagens omsättning tydligt överskrider de trösklar som fastställs i meddelandet om avtal av mindre betydelse.
- 75 Detta meddelande avser dock bara att definiera de avtal som enligt kommissionen inte har någon märkbar effekt på konkurrensen eller handeln mellan medlemssta-

terna. Förstainstansrätten anser att man dock inte av den enda omständigheten att de i meddelandet fastställda trösklarna har överskridits, med säkerhet kan dra slutsatsen att ett nät av exklusiva inköpsavtal automatiskt kan hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på ett märkbart sätt. Det framgår för övrigt av lydelsen i punkt 3 i nämnda meddelande att det i vissa fall är fullt möjligt att avtal mellan företag som överskrider de angivna trösklarna bara obetydligt påverkar handeln mellan medlemsstaterna eller konkurrensen och följaktligen inte faller under bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget.

- 76 Angående frågan om de exklusiva inköpsavtalen faller under förbudet i artikel 85.1 i fördraget, bör det i enlighet med rättspraxis utredas om alla de liknande avtal som har ingåtts på den relevanta marknaden, samt övriga omständigheter i dessa avtals ekonomiska och rättsliga sammanhang, visar att avtalen har som kumulativ verkan att hindra nya inhemska och utländska konkurrenter från att få tillträde till marknaden. Om utredningen visar att så inte är fallet, kan de enskilda avtal som ingår i avtalsnätet inte skada konkurrensen på det sätt som avses i artikel 85.1 i fördraget. Om utredningen däremot avslöjar att marknaden är svårtillgänglig, bör därpå utvärderas i vilken utsträckning de omtvistade avtalen bidrar till den kumulativa verkan, med hänsyn till att det bara är de avtal som i väsentlig mån bidrar till en eventuell avskärmning av marknaden som är förbjudna (se den ovan nämnda domen *Delimitis*, punkterna 23 och 24).

- 77 Det bör vidare erinras om vad domstolen i den ovan nämnda domen *Brasserie de Haecht* har fastställt, att det vid bedömningen av ett exklusivt avtals verkningar måste tas hänsyn till det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i och i vilket det tillsammans med andra avtal kan ha en kumulativ inverkan på konkurrensen.

- 78 Det framgår dessutom av domstolens rättspraxis att den inverkan som ett nät av exklusiva avtal har på tillträdet till marknaden särskilt beror av det antal försäljningsställen som genom avtal är bundna till tillverkarna i förhållande till de detaljhandlare som inte är det, de kvantiteter som omfattas av dessa åtaganden och proportionen mellan dessa kvantiteter och de som avsätts av obundna detaljhandlare. Dessutom utgör den grad av bundenhet som följer av ett exklusivt avtalsnät, även om den har en viss betydelse för bedömningen av avskärmningen av marknaden, bara en omständighet bland andra i det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket ett avtal, eller som i detta fall ett avtalsnät, skall bedömas (se den ovan nämnda domen *Delimitis*, punkterna 19 och 20).
- 79 Vad angår graden av bundenhet, förstådd som procentandelen av de försäljningsställen som är bundna av exklusiva avtal och av den försäljningsvolym som uppnås genom dessa försäljningsställen, finner förstainstansrätten att denna grad i detta fall måste fastställas med hänsyn till möjligheterna att få tillgång till detaljhandlare på hela den relevanta marknaden, så som den har avgränsats av kommissionen, det vill säga inom såväl den traditionella handeln som livsmedelshandeln, eftersom syftet med avgränsningen av marknaden är att definiera ramen för bedömningen av de omtvistade avtalens verkningar på konkurrensen.
- 80 Förstainstansrätten konstaterar för det första att, som ovan anges (punkt 73), om hänsyn tas till försäljningsvolymen av glass i enskild förpackning på den relevanta marknaden uppnår man en grad av bundenhet på cirka ... procent (mer än 10 procent) som kan tillskrivas de exklusiva inköpsavtal som har ingåtts av sökanden. Beträffande den kumulativa verkan som följer av andra liknande avtal på marknaden konstaterar förstainstansrätten för det andra att de liknande exklusiva inköpsavtal som har ingåtts av Langnese, den andra ledande glasstillverkaren i Tyskland, för sin del omfattar cirka ... procent av den relevanta marknaden.
- 81 Följaktligen kan konstateras att de nät av exklusiva avtal som de två ledande tillverkarna har upprättat berör cirka ... procent av marknaden, vilket överstiger den

grad av bundenhet på 30 procent som kommissionen ansåg godtagbar när det administrativa beskedet skickades till sökanden, enligt vad som senare har anmärkts i punkt 19 i den femtonde rapporten om konkurrenspolitiken för år 1985.

82 Som ovan har angivits (punkt 78), är dock graden av bundenhet bara en omständighet bland andra i det ekonomiska och rättsliga sammanhang inom vilket ett avtalsnät skall bedömas. Därtill måste en utvärdering göras av de villkor som gäller på marknaden, och särskilt av de verkliga och konkreta möjligheterna för nya konkurrenter att tränga in på denna, trots förekomsten av ett nät av exklusiva avtal.

83 Beträffande dessa omständigheter har kommissionen uppmärksammat att det inom såväl livsmedelshandeln som den traditionella handeln förekommer ytterligare betydande hinder för tillträdet till marknaden. Det framgår av punkterna 100 och 134—137 i beslutet att tillträdet till marknaden för nya konkurrenter har försvarats av förekomsten av ett system för utlåning av ett stort antal frysboxar som sökanden ställer till detaljhandlarnas förfogande inom såväl livsmedelshandeln som den traditionella handeln (totalt cirka ..., varav ... inom den traditionella handeln och ... inom livsmedelshandeln, enligt punkt 57 i beslutet), på villkor att detaljhandlarna använder dem uteslutande för sökandens produkter.

84 Förstainstansrätten finner att kommissionen har rätt i sin åsikt att detta utgör en omständighet som bidrar till att försvåra tillträdet till marknaden. Denna omständighet leder nämligen oundvikligen till att varje ny konkurrent som inträder på marknaden måste antingen övertyga detaljhandlaren om att byta ut den frysbox som har installerats av sökanden mot en annan, vilket innebär att avstå från den omsättning som uppnås med den gamla leverantörens produkter, eller få detaljhandlaren att gå med på en installation av ytterligare en frysbox, vilket kan visa sig omöjligt, bland annat på grund av att det saknas utrymme på mindre försäljningsställen. Om den nya konkurrenten, som i intervenientens fall, dessutom bara kan

erbjuda ett begränsat produktsortiment kan det visa sig svårt för honom att övertyga detaljhandlaren om att säga upp sitt kontrakt med den gamla leverantören.

85 Det framgår dessutom av handlingarna i målet att det inom den traditionella handelen förekommer ett stort antal enskilda detaljhandlare som har en relativt svag omsättning. Förutsättningen för att en ny konkurrent skall kunna upprätta ett lönsamt distributionssystem är således att han har ett stort antal detaljhandlare samlade inom ett bestämt geografiskt område som kan försörjas med varor från regionala depåer eller centrallager. Avsaknaden av oberoende mellanhänder har till resultat att denna splittring av efterfrågan innebär ytterligare ett hinder för tillträdet till marknaden. Kommissionen har därmed på goda grunder tagit hänsyn till att sökandens produkter är väl inarbetade märken.

86 Under dessa omständigheter finner förstainstansrätten att det framgår av undersökningen av alla de liknande avtal som har ingåtts på den relevanta marknaden och av övriga omständigheter vad gäller dessa avtals ekonomiska och rättsliga sammanhang, som de har beskrivits ovan i punkt 83—85, att de exklusiva inköpsavtal som har ingåtts av sökanden kan påverka konkurrensen på ett märkbart sätt, så som avses i artikel 85.1 i fördraget.

87 Med hänsyn till sökandens starka ställning på den relevanta marknaden och särskilt dess marknadsandel, finner förstainstansrätten att dessa avtal i väsentlig mån bidrar till avskärmningen av marknaden.

88 Mot bakgrund av samtliga överväganden ovan finner förstainstansrätten därför att kommissionen korrekt har fastslagit att de omtvistade avtalen ger upphov till en märkbar begränsning av konkurrensen på den relevanta marknaden.

89 Det andra ledet i grunden kan därför inte godtas.

Angående grundens tredje led som avser kommissionens påstådda skyldighet att bedöma de enskilda avtalen var för sig, på så sätt att vissa av dem faller utanför förbudet i artikel 85.1 i fördraget

Sammanfattning av parternas argument

90 Sökanden har gjort gällande att kommissionen bara kan förbjuda exklusiva avtal som faller under artikel 85.1 i fördraget, och det bara om konkurrensbegränsningen överskrider en tröskel där den blir märkbar.

91 Enligt sökanden är ett sådant synsätt särskilt nödvändig i det aktuella fallet, först och främst därför att kommissionen även har förbjudit de parallella exklusiva avtal som har ingåtts av Langnese och som togs i beaktande vid undersökningen av den kumulativa verkan av likartade avtal. Därtill skulle det, efter beslutet av ordföranden för förstainstansrätten av den 16 juni 1992 i det mål om interimistiska åtgärder som föregick väckandet av den aktuella talan (se punkt 7 ovan), ha varit lämpligt att undersöka om exklusivitetsklausulerna i övriga avtal fortfarande hade en märkbar effekt på konkurrensen efter utslutningen av de avtal som hade ingåtts med bensinstationer.

92 Kommissionen har gjort gällande att den inte har någon skyldighet att definiera en tröskel under vilken de av sökanden ingångna glassleveransavtalen var förenliga med artikel 85 i fördraget.

- 93 Till stöd för sitt synsätt har kommissionen i enlighet med punkt 107 i beslutet förklarat att den märkbara inverkan på konkurrensen berör samtliga leveransavtal som har ingåtts av sökanden. Kommissionens uppfattning är att det, vid förekomsten av ett nät av samma slags avtal som har ingåtts av en ensam tillverkare, antingen föreligger eller inte föreligger en märkbar effekt och att det är omöjligt att bryta ut vissa omständigheter. Enligt artikel 85.1 i fördraget är det inte tillåtet att dela upp enskilda avtal eller avtalsnät på ett sådant sätt att en ”omärkbar” del lämnas utanför förbudet enligt denna artikel.
- 94 Kommissionen har på denna punkt tillagt att sökanden inte har kunnat uppge några kriterier som möjliggör en uppdelning av de samlade avtalen. Enligt kommissionens åsikt skulle en sådan uppdelning visa sig godtycklig. Den har tillagt att en uppdelning är oförenlig med artikel 85.2 i fördraget av hänsyn till rättssäkerheten, särskilt i fråga om avtalsnät.

Förstainstansrättens bedömning

- 95 Inledningsvis skall påpekas att det framgår av rättspraxis att ett nät av exklusiva inköpsavtal upprättat av en enskild leverantör kan falla utanför förbudet enligt artikel 85.1, under förutsättning att det inte tillsammans med alla liknande avtal på marknaden, inbegripet de som har ingåtts av andra leverantörer, i väsentlig mån bidrar till att stänga tillträdet till marknaden för nya inhemska och utländska konkurrenter (se den ovan nämnda domen *Delimitis*, punkterna 23 och 24). Enligt förstainstansrättens uppfattning innebär detta att vid förekomsten av ett nät av likartade avtal som har ingåtts av en ensam tillverkare, skall bedömningen av hur detta avtalsnät påverkar konkurrensen omfatta alla de enskilda avtal som nätet består av. Vid bedömningen av om artikel 85.1 i fördraget är tillämplig är kommissionen dessutom skyldig att undersöka de verkliga omständigheterna i det aktuella fallet och den kan inte stödja sig på hypotetiska förhållanden. Förstainstansrätten finner att, som kommissionen har påpekat, en uppdelning av de omtvistade avtalen i olika hypotetiska kategorier i detta fall skulle kunna visa sig godtycklig.

- 96 Angående frågan om kommissionen borde ha undersökt den konkurrensbegränsande verkan av det avtalsnät som sökanden upprättade efter förbudet mot det likartade nät som hade upprättats av Langnese, är det tillräckligt att erinra om att det följer av den ovan nämnda domen *Delimitis* att när kommissionen som i detta fall konstaterar att alla de likartade avtal som har ingåtts på marknaden samt det ekonomiska och juridiska sammanhanget i övrigt kan ha en märkbar inverkan på konkurrensen enligt artikel 85.1 i fördraget, och sedan på ett korrekt sätt drar slutsatsen att en tillverkares leveransavtal i väsentlig mån bidrar till avskärmningen av marknaden, skall förbudet i artikel 85.1 i fördraget gälla för alla de omtvistade avtal som har ingåtts av denne tillverkare. Detta konstaterande ändras inte av den omständigheten att kommissionen samtidigt förbjuder ett nät av likartade avtal som har upprättats av en annan tillverkare.
- 97 Vad sedan avser det beslut som fattades av förstainstansrättens ordförande den 16 juni 1992 och som sökanden har åberopat till stöd för sina argument, erinras om att detta beslut — som innebar ett uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut av den 25 mars 1992, med undantag för de försäljningsställen på bensinstationer som var bundna till sökanden och Langnese genom exklusiva avtal — meddelades i samband med en ansökan om interimistiska åtgärder. Den beslutade åtgärden, som antogs efter en avvägning mellan de tvistande parternas skilda intressen, avsåg att lindra risken för allvarlig och oersättlig skada för såväl Mars som för sökanden. Beslutet hade alltså ett särskilt syfte och förstainstansrätten anser därför att det inte kan åberopas för att göra gällande att kommissionen var skyldig att göra en uppdelning av de enskilda avtalen för att avgöra om de föll under artikel 85.1 i fördraget.
- 98 Förstainstansrätten finner därför att ett nät av likartade avtal måste bedömas i sin helhet och att kommissionen följaktligen har handlat riktigt då den inte har delat upp avtalen. Härav följer att detta led i grunden saknar stöd.
- 99 Den grund som avser en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget kan därför inte godtas.

Angående den grund som avser en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget

- 100 Sökanden har gjort gällande att i den händelse de omtvistade avtalen trots allt skulle anses falla under förbudet enligt artikel 85.1 i fördraget kan de beviljas antingen ett gruppundantag enligt förordning nr 1984/83 eller ett enskilt undantag. Grunden innehåller tre led. Sökanden anser för det första att kommissionen inte kan avvika från bedömningen i det administrativa besked som meddelades efter anmälan av de omtvistade avtalen år 1985. För det andra har sökanden påstått att de omtvistade avtalen inte — som kommissionen felaktigt har funnit — hade ingåtts för en obestämd tid på det sätt som avses i artikel 3 d i förordning nr 1984/83, och att de följaktligen kan omfattas av ett gruppundantag enligt förordning nr 1984/83. För det tredje har sökanden hävdad att vägran att bevilja ett enskilt undantag utgör en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget.

Angående grundens första led som avser kommissionens påstådda skyldighet att inte avvika från bedömningen i det administrativa beskedet

Sammanfattning av parternas argument

- 101 Sökanden har, till stöd för sitt påstående om att kommissionen vid tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget inte hade rätt att avvika från bedömningen i det administrativa besked som hade meddelats företaget, först gjort gällande att utfärdandet av ett administrativt besked inte får försätta de mottagande företagen i en sämre ställning än den som de hade kunnat uppnå genom ett av kommissionen formellt fattat beslut. I detta hänseende har sökanden hänvisat till artikel 8.3 i förordning nr 17 och understrukit att kommissionen inte får återkalla eller i efterhand ändra ett formellt beslut om undantag, annat än om de faktiska förhållanden som låg till grund för beslutet ändras i något väsentligt avseende eller om beslutet grundar sig

på oriktiga uppgifter eller har utverkats på ett bedrägligt sätt. Enligt sökanden följer särskilt av denna bestämmelse att en ändring av de rättsliga förhållandena inte är tillräcklig för att återkalla ett beslut om undantag. Företaget tillägger att en sådan begränsning också gäller för bedömningen i ett administrativt besked om avskrivning.

- 102 Vad beträffar kommissionens utlåtanden i punkterna 149 och 150 i beslutet, har sökanden först understrukt att de faktiska förhållanden som uppgavs i anmälan var fullständiga och uppfyllde de bestämmelser som var tillämpliga vid denna tidpunkt. De faktiska förhållandena har inte heller ändrats märkbart sedan det administrativa beskedet utfärdades år 1985.
- 103 Sökanden har därtill påstått att företaget i anmälan redovisade alla de omständigheter som kommissionen ännu idag anser väsentliga, det vill säga marknadsandelarna och de kvantiteter som säljs genom de avtalsbundna försäljningsställena. Sökanden har påpekat att den hade beräknat att graden av bundenhet uppgick till 17 procent för hela marknaden för industritillverkad glass. Om kommissionen vid denna tid hade avgränsat glassmarknaden till att bara omfatta industritillverkad glass i enskild förpackning, som den gör idag, skulle den på grundval av sökandens uppgifter ha kunnat konstatera att den uppnådda graden av bundenhet översteg de 17 procent som hade uppgivits av sökanden. Sökanden har tillagt att kommissionen vid tidpunkten måste ha tänkt i dessa banor, eftersom den i sin femtonde rapport om konkurrenspolitiken för år 1985 hänvisade till en grad av bundenhet på 30 procent.
- 104 Enligt sökanden kan kommissionen inte heller åberopa Mars inträde på marknaden som skäl för att återuppta förfarandet. När kommissionen undersöker exklusiva inköpsavtal och bedömer dem som godtagbara, får man anta att den gör det med hänsyn tagen till huruvida faktiska eller potentiella konkurrenter utestängs från tillträdet till marknaden eller om deras möjligheter att expandera på denna marknad

verkligen försvåras. Mars klagomål borde därför i förvägs ha utretts vid tiden för undersökningen år 1985, om denna undersökning hade utförts på ett korrekt sätt.

105 Kommissionen har inte visat att de faktiska förhållandena har ändrats sedan det administrativa beskedet utfärdades vad gäller någon omständighet som är av väsentlig betydelse för beslutet. Den är därför bunden av den bedömningen i detta besked.

106 Kommissionen har inledningsvis anfört att den med hänsyn till omständigheterna i det aktuella fallet inte anser sig bunden av det administrativa beskedet. Den har på denna punkt hävdats att administrativa besked om avskrivning inte kan vara mer tvingande än de formella beslut som de av funktionsskäl ersätter i den praktiska tillämpningen av konkurrensreglerna. Kommissionen har erinrat om att enligt lydelsen i artikel 8.3 a i förordning nr 17, kan den återkalla eller ändra sina formella beslut om undantag ”om de förhållanden som låg till grund för beslutet ändras i något avseende”. Den har understrukit att det administrativa beskedet utfärdades utan någon officiell inledning av förfarandet, utan något offentliggörande enligt artikel 19.3 i förordning nr 17 och utan samråd med den rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor. Kommissionen har tillagt att detta besked, som var resultatet av en provisorisk undersökning, i enlighet med fast praxis innehöll ett uttryckligt förbehåll om att förfarandet skulle återupptas i den händelse att ”vissa av de rättsliga eller faktiska förhållanden som ligger till grund för denna bedömning skulle ändras väsentligt”.

107 Mot denna bakgrund är det kommissionens uppfattning att den hade rätt då den i punkt 149 i sitt beslut fann att förfarandet borde återupptas på grund av att de i anmälan redovisade uppgifterna var ofullständiga, i den utsträckning den inte underrättades vare sig om förekomsten av en överenskommelse om ett ömsesidigt godkännande av exklusiva avtal inom glassbranschen eller om vikten och omfatt-

ningen av de begränsningar som hänför sig till användningen av frysboxar som installeras hos livsmedelshandlare. Dessa upplysningar skulle nämligen ha gjort det möjligt att identifiera andra hinder för tillträdet till marknaden.

108 Kommissionen har därtill i punkt 150 i beslutet gjort gällande att Mars och Jacobs Suchards inträde på marknaden utgjorde ett nytt sakförhållande som motiverade att förfarandet återupptogs, eftersom det var just Mars erfarenheter som avslöjade avskärmningen av marknaden och som därmed föranledde en ny undersökning.

109 För övrigt är kommissionen, vad avser det rättsliga skydd i samband med förfarandet som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 17 och i artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT nr 127, 1963, s. 2268), skyldig att noggrant undersöka alla de faktiska och rättsliga uppgifter som lämnas av klaganden (se förstainstansrättens dom av den 18 september 1992, Automec mot kommissionen, T-24/90, Rec. s. II-2223). Sökanden har därmed felaktigt gjort gällande att det administrativa beskedet innebar att Mars klagomål skulle avslås.

Förstainstansrättens bedömning

110 Först bör påpekas att det av rättspraxis framgår att ett sådant administrativt besked som det som riktades till sökanden, efter anmälan av företagets leveransavtal år 1985, varken utgör ett icke-ingripandebesked eller ett beslut om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget enligt artiklarna 2 och 6 i förordning nr 17, eftersom det administrativa beskedet inte antogs enligt bestämmelserna i nämnda förordning (se domstolens domar av den 10 juli 1980, Giry och Guerlain m. fl., 253/78 och 1/79—3/79, Rec. s. 2327, Marty, 37/79, Rec. s. 2481, Lancôme och Cosparfrance, 99/79, Rec. s. 2511, samt domen av den 11 december 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. s.

3775). I nämnda mål har domstolen lagt vikt vid att de administrativa beskeden i fråga hade lämnats utan att de åtgärder för offentliggörande som föreskrivs i artikel 19.3 i förordning nr 17 hade vidtagits, och att de inte hade varit föremål för något offentliggörande enligt artikel 21.1 i nämnda förordning.

- 111 Det bör vidare understrykas att det är fråga om ett administrativt besked genom vilket sökanden underrättades om att kommissionen inte fann något skäl att ingripa med avseende på de berörda avtalen, eftersom dessa avtal med hänsyn till omständigheterna i ärendet var förenliga med fördragets konkurrensregler, och att ärendet därmed kunde avskrivas. Förstainstansrätten anser att beskedets juridiska karaktär inte förändras av det faktum att kommissionen nämnde och kommenterade utfärdandet av detta administrativa besked i sin femtonde rapport om konkurrenspolitiken för år 1985.
- 112 Förstainstansrätten konstaterar slutligen att det av kommissionens framställning under det muntliga förfarandet framgår att denna vid tidpunkten bara gjorde en provisorisk analys av marknadsvillkoren som huvudsakligen grundades på sökandens uppgifter, inbegripet de fakta som ledde till den avgränsning av marknaden som då antogs vara relevant och till beräkningen av graden av bundenhet. I detta sammanhang har kommissionen för övrigt i sitt administrativa besked förbehållit sig rätten att återuppta förfarandet om vissa av de rättsliga eller faktiska omständigheter som låg till grund för dess bedömning väsentligt skulle förändras. Ett sådant förbehåll är för övrigt i överensstämmelse med kommissionens administrativa praxis på området.
- 113 Angående frågan om väsentliga förändringar har ägt rum sedan det administrativa beskedet utfärdades, konstaterar förstainstansrätten att det framgår av handlingarna att två nya konkurrenter, Mars och Jacobs Suchard, senare har inträtt på marknaden. Vad gäller intervenienten Mars är det dessutom fastslaget att det rör sig om en speciell konkurrent som endast erbjuder ett begränsat produktsortiment och som

har antagit en marknadsstrategi som skiljer sig från de hos dess huvudkonkurrenter. Förstainstansrätten konstaterar dessutom att kommissionen efter det att Mars hade inkommit med klagomål fick kännedom om förekomsten av ytterligare hinder för tillträdet till marknaden, särskilt inom livsmedelshandeln, som i sökandens fall gäller den skyldighet som sökanden har ålagt detaljhandlarna att använda de av sökanden tillhandahållna frysboxarna uteslutande för dennes produkter.

114 Förstainstansrätten finner att det på denna punkt är fråga om nya förhållanden som, särskilt mot bakgrund av de konkreta problem som intervenienten har haft, motiverar en mer fördjupad och precis analys av de villkor som styr tillträdet till marknaden än den som gjordes i samband med utfärdandet av det administrativa beskedet. Förstainstansrätten finner därmed att detta besked inte förhindrade kommissionen att återuppta förfarandet för att göra en bedömning av om de omtvistade avtalen i det konkreta fallet var förenliga med konkurrensreglerna.

115 Denna lösning är dessutom i överensstämmelse med kommissionens skyldighet att, vad avser det rättsliga skydd i samband med förfarandet som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 17 och i artikel 6 i förordning nr 99/63/EEG, noggrant undersöka alla de faktiska och rättsliga uppgifter som lämnas av en klagande, för att bedöma om nämnda uppgifter visar på ett uppträdande som kan snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverka handeln mellan medlemsstaterna (se den ovan nämnda domen Automec mot kommissionen, punkt 79).

116 Det är inte nödvändigt att utreda frågan om sökandens anmälan var ofullständig, eftersom det av ovanstående följer att första ledet i grunden bör lämnas utan avseende.

Angående grundens andra led som avser påståendet att de omtvistade avtalen kan omfattas av ett gruppundantag

Sammanfattning av parternas argument

- 117 Sökanden har gjort gällande att dess avtal inte har ingåtts ”för en obestämd tid” på det sätt som avses i artikel 3 d i förordning nr 1984/83, vilket kommissionen har ansett.
- 118 Om ett avtal till att börja med ingås för en viss tid och när denna tid går ut förlängs med en viss tidsrymd, nämligen ett år, är dess varaktighet enligt sökanden inte obestämd utan bestämd. Sökanden har betonat att artikel 3 d i förordning nr 1984/83 inte utesluter att avtal som ingås för en bestämd tid vid varje tillfälle kan förnyas för ytterligare perioder. Enligt sökanden saknar det betydelse om förlängningen av ett avtal är automatisk eller uteslutande sker genom återförsäljarens uttryckliga förklaring, förutsatt att parternas rätt att avsluta avtalsförhållandet vid utgången av en fastställd period inte sätts i fråga.
- 119 I detta sammanhang har sökanden tillagt att kommissionen inte kan frånta den rätten att åberopa gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83, eftersom kommissionen har underlåtit att i beslutet ange att detta undantag inte skall tillämpas enligt artikel 14 i samma förordning.
- 120 Kommissionen har i linje med punkt 112 i beslutet gjort gällande att leveransavtalen inte kan omfattas av ett gruppundantag enligt förordning nr 1984/83 av det skälet att avtal av typen ”avtal med en bestämd löptid på maximalt två år och automatisk förlängning” är ingångna ”för en obestämd tid” på det sätt som avses i artikel 3 d i samma förordning. Deras utgång beror av en oviss framtida händelse, nämligen ett initiativ från en av parterna. Enligt kommissionen överensstämmer

denna tolkning av artikel 3 d med punkt 39 i meddelandet om kommissionens förordningar (EEG) nr 1983/83 och (EEG) 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal (EGT nr C 101, 1984, s. 2).

- 121 Kommissionen har understrukt att sökanden i varje fall inte kan åberopa förordning nr 1984/83 om kommissionen har vägrat att bevilja den ett enskilt undantag enligt artikel 6 i förordning nr 17. Detta är en följd av gruppundantagsförordningarnas natur, eftersom gruppundantag inte kräver en kontroll i varje enskilt fall av att de i fördraget fastställda villkoren för undantag faktiskt är uppfyllda. Ett beslut om att inte bevilja enskilt undantag som fattas efter en konkret bedömning av de berörda avtalen i förhållande till villkoren i artikel 85.3 i fördraget utgör ett hinder för sökanden att göra gällande en rätt till gruppundantag.

Förstainstansrättens bedömning

- 122 Det är inte nödvändigt att pröva om sökanden kan göra gällande en rätt till gruppundantag enligt förordning nr 1984/83 till följd av att kommissionen har underlåtit att enligt artikel 14 i samma förordning bestämma att den inte skall tillämpas. Det räcker med att konstatera att de avtal som är föremål för denna talan har ingåtts för en obestämd tid på det sätt som avses i artikel 3 d i förordningen, och att de därför inte kan omfattas av undantaget.
- 123 Det är tillräckligt att erinra om att det framgår av lydelsen i artikel 3 d i förordning nr 1984/83 att gruppundantaget enligt nämnda förordning inte är tillämpligt om

avtalet har ingåtts för en obestämd tid. Enligt förstainstansrättens mening föreligger i praktiken skillnad mellan ett avtal som uttryckligen har ingåtts för en obestämd tid med möjlighet för parterna att säga upp avtalsförhållandet — en avtalsform som enligt artikel 3 d i förordning nr 1984/83 inte skall omfattas av det gruppundantag som fastställs i samma förordning — och ett avtal vilket, likt det aktuella fallet, efter två år är föremål för underförstådda förlängningar så länge som det inte sägs upp av en av parterna. Parterna är inte bundna i något av dessa två fall, utan fria att om de så önskar ta avtalsförhållandet under nytt övervägande och utvärdera andra möjligheter på marknaden. En sådan omprövning, avsedd att framtvingas genom artikel 3 d i förordning nr 1984/83, kan ge tillfälle för nya konkurrenter att få tillgång till detaljhandlare som står fria från alla förpliktelser. Vidare skall påpekas att det, som kommissionen har anfört i punkt 113 i beslutet, vid den konkurrensrättsliga bedömningen av dessa avtal är av avgörande betydelse att deras löptid är osäker eftersom den beror av ett initiativ från en av avtalsparterna.

- 124 Härav följer att de avtal som förlängs underförstått och som kan löpa i mer än fem år skall anses vara ingångna på obestämd tid och därmed inte kan omfattas av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83. Grundens andra led kan därför inte godtas.

Angående grundens tredje led som avser frågan om leveransavtalen uppfyller villkoren i artikel 85.3 i fördraget

Sammanfattning av parternas argument

- 125 Sökanden har gjort gällande att leveransavtalen bör kunna beviljas ett enskilt undantag eftersom de uppfyller villkoren i artikel 85.3 i fördraget.

- 126 Sökanden har till att börja med gjort gällande att leveransavtalen medför en förbättring av glassdistributionen. Det är nämligen dessa avtal som har möjliggjort regelbundna leveranser inom hela territoriet, och det även till mindre försäljningsställen. Sökanden har i detta hänseende gjort gällande att utan de omtvistade avtalen skulle företaget av kostnadsskäl tvingas att upphöra med leveranserna till cirka 42 procent av sina kunder, eftersom dessa har en alltför låg årlig försäljningsciffr. Enligt sökandens uppfattning kommer leveranserna till mindre försäljningsställen inte att tas över av lokala tillverkare eller grossister, vilket kommissionen har påstått. Vad beträffar grossisterna har sökanden tillagt att dessa knappast har något intresse av att säkerställa regelbundna leveranser till mindre försäljningsställen inom hela territoriet, eftersom grossister bara säljer glass som ett tillbehör avsett att komplettera varusortimentet hos kunder som köper andra djupfrysta produkter i betydande kvantiteter.
- 127 Kommissionen har vid beslutet inte heller tagit tillräcklig hänsyn till att det är nödvändigt att ha en frysbox för att sälja glass. Om detaljhandlarna varken kan eller vill köpa dessa frysboxar själva, kan tillverkaren om så är lämpligt ställa frysboxarna till deras förfogande, på villkor att han kan vara säker på att leveranserna till försäljningsstället gör det möjligt att uppnå ett viss lägsta försäljningsciffr. Detta förutsätter att försäljningsstället i fråga är bundet av ett exklusivt inköpsavtal. Sökanden anser att utlåningen av frysboxar till detaljhandlarna medför att marknaden öppnas.
- 128 Sökanden har därpå gjort gällande att det på marknaden, så som den har avgränsats av kommissionen, finns ett konkurrenstryck som säkerställer att konsumenterna får del av de uppnådda fördelarna, eftersom leveransavtalen bara medför en grad av bundenhet på cirka 30 procent och åtagandena i sig är begränsade i tiden. Dessutom kan konsumenterna tack vare sökandens distributionssystem samtidigt få tillgång till ett förhöjt antal försäljningsställen över hela territoriet och ett komplett varusortiment i dessa försäljningsställen. Utan de omtvistade avtalen skulle nämligen varje tillverkare vara tvungen att bara erbjuda de mest efterfrågade varorna till detaljhandeln.

- 129 Slutligen har sökanden påstått att de exklusiva avtalen inte medför att konkurrensen sätts ur spel på det sätt som avses i artikel 85.3 b i fördraget. I detta sammanhang har sökanden hävdad att kommissionen har fel då den, genom att åberopa den ovan nämnda domen Europemballage och Continental Can mot kommissionen, har gjort gällande att det är tillräckligt att det inte finns någon effektiv konkurrens på marknaden för att det negativa villkoret i artikel 85.3 b i fördraget skall vara uppfyllt. Det allmänna sammanhanget i domen visar nämligen att detta villkor slutar att vara uppfyllt bara i det fall då varje seriös chans till konkurrens är praktiskt taget omöjliggjord, och så är här inte fallet.
- 130 Sökanden anser att det i alla händelser förekommer en ”effektiv konkurrens” på den relevanta marknaden. På denna punkt har sökanden betonat att kommissionen gjorde fel i sin analys när den inte tog tillräcklig hänsyn till de obundna försäljningsställen inom livsmedelshandeln som är helt fria från alla åtaganden, och genom vilka ungefär 39 procent av den totala marknadsvolymen distribueras. Dessutom utgör en grad av bundenhet på ungefär 30 procent inte något tecken på att konkurrensen är ”satt ur spel”. Det enda faktum att två tillverkare innehar betydande andelar av marknaden eller av ett segment av marknaden medger slutligen inte någon presumtion om att konkurrensen saknas eller är begränsad.
- 131 Kommissionen anser för sin del att villkoren för att bevilja ett enskilt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget inte var uppfyllda.
- 132 Kommissionen har vidhållit att leveransavtalen inte bidrar till att förbättra varudistributionen på det sätt som avses i artikel 85.3, eftersom dessa avtal inte medför några sådana objektiva och konkreta fördelar för allmänintresset som anges i domstolens dom av den 13 juli 1966, Consten och Grundig mot kommissionen (56/64 och 58/64, Rec. s. 429) och som kan kompensera de nackdelar som avtalen innebär för konkurrensen.

- 133 Med hänsyn till sökandens starka ställning på marknaden anser kommissionen att de fördelar som kan vara knutna till exklusiva inköpsavtal, nämligen en förstärkt konkurrens mellan produkter av olika märken, inte kan konstateras i det aktuella fallet. Konkurrensen på marknaden begränsas tvärtom av förekomsten av ett nät av exklusiva inköpsavtal som utgör ett betydande hinder för tillträdet till marknaden, och varigenom sökandens ställning gentemot dess konkurrenter avsevärt förstärks. Kommissionen anser för övrigt att regelbundna leveranser till konsumenter inom hela territoriet inte sätts på spel genom att de exklusiva avtalen försvinner.
- 134 Kommissionen har därpå gjort gällande att den omständigheten att de exklusiva avtalen leder till ett homogent och genomsynligt distributionssystem inte ger skäl att anta att konsumenterna får en skälig andel av den vinst som uppnås genom avtalen. I frånvaro av trycket från en effektiv konkurrens är företagen nämligen inte tvungna att ge återverkningar åt den vinst som uppnås genom nämnda avtal. Dessutom begränsar avtalen konsumenternas valmöjligheter, eftersom de hos försäljningsställen som är bundna av avtal bara finner glassortiment från en bestämd tillverkare.
- 135 Kommissionen anser slutligen att det negativa villkor som föreskrivs i artikel 85.3 b i fördraget är uppfyllt, eftersom det saknas en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Vad gäller livsmedelshandeln har kommissionen gjort gällande att de starka ställningar som innehas av sökanden och Langnese, vilka tillsammans står för mer än två tredjedelar av försäljningsvolymen inom denna distributionskanal, och koncentrationen av efterfrågan utgör ett väsentligt hinder för tillträdet till marknaden. Inom den traditionella handeln försvåras tillträdet till marknaden till stora delar av den kumulativa verkan av samtliga gällande exklusiva avtal. Kommissionen har uppskattat att cirka ... (mer än 55 procent) av försäljningsvolymen inom den traditionella handeln avsätts inom ramen för exklusiva avtal. Kommissionen har dessutom hävdats att de frysboxar som sökanden och Langnese har låtit installera på hela marknaden också medför konkurrensbegränsningar.

- 136 Intervenienten Mars har invänt mot påståendet att ett ingående av exklusiva avtal och tillverkarens upprättande av ett eget distributionssystem är nödvändiga förutsättningar för en effektiv och rationell distribution av industritillverkad glass. Sådana distributionssystem hör nämligen till de absoluta undantagen, eftersom tillverkaren ofta levererar så kallade "impulsvaror" till grossisternas centrallager, var efter grossisterna sammanställer order från och levererar till de olika försäljningsställen. Enligt Mars uppgifter är det bara i Tyskland, Danmark och Italien som sökanden har ingått exklusiva avtal i fråga om försäljningsställen.
- 137 Enligt Mars har sökanden fel då den påstår att grossisterna varken vill eller kan leverera till den traditionella handeln. Om grossisterna inte är i stånd att försörja det antal försäljningsställen som är nödvändiga för en rationell distribution, så är det enligt Mars på grund av de omtvistade exklusiva avtal som binder ett stort antal försäljningsställen.
- 138 Det system som tillämpas av sökanden medför att nya konkurrenter nästan fullständigt hindras från att få tillträde till marknaden för så kallad "impulsglass", där det görs mycket stora vinster. Enligt Mars följer av domstolens rättspraxis att det faktum att ett företag har skapat en marknad inte innebär att det har rätt att upprätthålla sin ställning på marknaden genom att ingå exklusiva avtal (se den ovan nämnda domen Hoffmann-La Roche mot kommissionen).

Förstainstansrättens bedömning

- 139 För bedömningen av om kommissionen hade rätt att vägra bevilja ett enskilt undantag måste först erinras om att ett beslut om enskilt undantag är särskilt underkastat förutsättningen att det berörda avtalet uppfyller samtliga de fyra vill-

kor som anges i artikel 85.3 i fördraget, på så vis att det är tillräckligt att bara ett av de fyra villkoren inte är uppfyllt för att undantag skall vägras (se till exempel förstainstansrättens dom av den 15 juli 1994, *Matra Hachette mot kommissionen*, T-17/93, Rec. s. II-595, punkt 104).

- 140 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen på detta område har stort utrymme för skönsmässig bedömning. Kommissionen är enligt artikel 9 i förordning nr 17 ensam behörig att bevilja undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, vilket med nödvändighet innebär att den måste göra invecklade bedömningar på det ekonomiska området. Domstolsprövningen av dessa bedömningar måste ta hänsyn till deras art, och begränsas till en undersökning av att de faktiska omständigheterna och de rättsliga slutsatser som kommissionen har dragit av dessa är riktiga. Domstolsprövningen avser därför främst skälen för beslutet, av vilka det skall framgå vilka omständigheter och övervägningar som ligger till grund för nämnda bedömningar (se den ovan nämnda domen *Consten och Grundig mot kommissionen*). Det är mot bakgrund av dessa i rättspraxis fastslagna principer som det skall prövas om beslutet har fattats på grundval av oriktiga fakta, en felaktig rättstillämpning eller en uppenbart felaktig bedömning (se den ovan nämnda domen *Matra Hachette mot kommissionen*, punkt 104).

- 141 Dessutom följer av en fast rättspraxis att det vid en ansökan om undantag enligt artikel 85.3, i första hand ankommer på de berörda företagen att inför kommissionen förebbringa bevisning av sådant slag att det kan fastställas att avtalet uppfyller villkoren i artikel 85.3 i fördraget (se till exempel domstolens dom av den 11 juli 1985, *Remia m. fl. mot kommissionen*, 42/84, Rec. s. 2545, och dom av den 17 januari 1984, *VBVB och VBVB mot kommissionen*, 43/82 och 63/82, Rec. s. 19).

- 142 Vad angår det första av de fyra villkoren i artikel 85.3 i fördraget, erinrar förstainstansrätten om att enligt lydelsen i denna bestämmelse kan undantag komma i fråga för avtal "som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande". Det framgår av domstolens praxis att en sådan förbättring inte kan anses liktydig med alla de fördelar som parterna genom avtalet uppnår inom sin produktions- eller distributionsverksamhet. Förbättringen skall särskilt innebära väsentliga objektiva fördelar som kan kompensera de nackdelar som avtalet medför för konkurrensen (se den ovan nämnda domen Consten och Grundig mot kommissionen).
- 143 Detta första villkor har i det aktuella fallet tagits upp i punkt 115—121 i beslutet. Även om det framgår av det femte övervägandet i förordning nr 1984/83 att exklusiva inköpsavtal i regel medför en förbättring av distributionen eftersom de gör det möjligt för leverantören att planera avsättningen av sina varor med större noggrannhet och för längre tid och säkerställa en regelbunden täckning av återförsäljarens behov under hela avtalsperioden, och även om det antas att sökanden skulle vara tvungen att av kostnadsskäl inställa leveransen till vissa mindre försäljningsställen om företaget förpliktas att upphöra med de exklusiva leveransavtalen, är kommissionens uppfattning ändå att de omtvistade avtalen inte medför sådana för allmänintresset objektiva och konkreta fördelar som kan kompensera de nackdelar som de innebär för konkurrensen.
- 144 Till stöd för detta påstående har kommissionen till att börja med hävdats att med hänsyn till sökandens starka ställning på den relevanta marknaden har de omtvistade avtalen, i motsats till vad som anges i det sjätte övervägandet i förordning nr 1984/83, inte en främjande inverkan på konkurrensen mellan produkter av olika märken. Kommissionen har nämligen korrekt funnit att det berörda avtalsnätet utgör ett väsentligt hinder för tillträdet till marknaden, vilket medför att konkurrensen begränsas.

145 Vidare framgår det av punkt 120 i beslutet att kommissionen har funnit att de leveranser till mindre försäljningsställen, som sökanden eventuellt kommer att överge av kostnadsskäl, skulle säkerställas antingen genom andra leverantörer, till exempel små lokala tillverkare, eller genom oberoende mellanhänder som saluför flera varusortiment. Kommissionen har vidare påmint om att sökanden själv har medgivit att företaget fortsätter att leverera även till mycket små försäljningsställen, vilkas årliga försäljningssiffror ligger runt 300 DM, om deras geografiska situation är förmånlig.

146 Det bör i detta sammanhang erinras om att intervenienten Mars har påstått att det hör till de absoluta undantagen att så kallade "impulsvaror" distribueras genom tillverkarnas eget transportsystem. Det är ett obestritt faktum att det bara är i Tyskland, Danmark och Italien som företagen i koncernen Unilever, inbegripet Langnese, har ingått exklusiva avtal i fråga om försäljningsställen.

147 Även om sökanden har gjort gällande att den av kostnadsskäl kommer att tvingas upphöra att leverera till ett visst antal mindre försäljningsställen om företaget måste avstå från sina exklusiva inköpsavtal, finner förstainstansrätten att sökanden inte har framlagt uppgifter av sådan art att de visar att ett sådant förhållande skulle kunna sätta på spel de regelbundna leveranserna av glass i enskild förpackning till hela territoriet och särskilt att de mindre försäljningsställen som berörs inte skulle komma att försörjas av andra leverantörer eller av grossister, bara på grund av den fria konkurrens som då skulle råda. Sökanden har inte heller på ett övertygande sätt visat vilka särskilda förhållanden i Tyskland som har gjort det nödvändigt för tillverkarna att upprätta egna distributionssystem. Förstainstansrätten finner därmed att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart felaktig bedömning då den kom fram till att de omtvistade avtalen inte uppfyller det första villkoret i artikel 85.3 i fördraget. Förstainstansrätten anser sig tillräckligt upplyst

av inlagorna i målet och ser därför ingen anledning att hålla sådana vittnesförhör angående grossisternas vilja och förmåga att leverera till detaljhandlarna inom den traditionella handeln eller de konkurrensbegränsningar som de exklusiva avtalen medför — särskilt vad avser möjligheten för en ny konkurrent att etablera sig och göra sig känd inom den traditionella handeln — som intervenienten har föreslagit.

148 Eftersom de omtvistade avtalen inte uppfyller det första villkoret i artikel 85.3 i fördraget, skall det tredje ledet i grunden lämnas utan avseende, utan att det är nödvändigt att pröva om kommissionen har begått ett uppenbart fel vid bedömningen av de övriga villkor som fastställs i bestämmelsen, eftersom det är tillräckligt att bara ett av de fyra villkoren inte är uppfyllt för att undantag skall vägras.

149 Härav följer att den grund som avser en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget inte kan godtas i något avseende.

Angående den grund som avser en överträdelse av artikel 3 i förordning nr 17

Sammanfattning av parternas argument

150 Till stöd för denna grund har sökanden först gjort gällande att artikel 3 i förordning nr 17 inte ger kommissionen någon rätt att ålägga den att underrätta de åter-

försäljare med vilka företaget har ingått exklusiva avtal om ordalydelsen i artiklarna 1 och 2 i beslutet. Sökanden anser sig ha rätt att själv välja sättet för hur den skall rätta sig efter kommissionens beslut om förbud mot dessa avtal.

- 151 Vad angår artikel 4 i beslutet har sökanden gjort gällande att kommissionen enligt artikel 3.1 i förordning nr 17 bara kan ålägga företaget att "upphöra med överträdelsen". Det saknas rättslig grund för att förbjuda ingåendet av nya avtal som enligt kommissionens åsikt kan vara oförenliga med artikel 85.1 i fördraget och som inte uppfyller de villkor som fastställs i artikel 85.3 i fördraget. Kommissionen kan inte heller förbjuda ingåendet av nya avtal som omfattas av undantaget i förordning nr 1984/83, utan att först med stöd av artikel 14 i denna förordning besluta att detta undantag inte skall tillämpas.
- 152 I alla händelser anser sökanden att artikel 4 i beslutet inte kan innebära ett förbud mot att ingå nya exklusiva inköpsavtal för vilka varaktigheten kan ändras på ett sådant sätt att det, även om kommissionens uppfattning godtas, inte kan uppstå något tvivel om att de omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1984/83.
- 153 Kommissionen har i punkt 154 i beslutet förklarat att det i artikel 4 i beslutet fastställda förbudet för sökanden att till och med den 31 december 1997 ingå nya leveransavtal av samma slag som de befintliga avtal som har förklarats oförenliga med artikel 85.1 i fördraget, är motiverat av det faktum att "förbudet skulle vara utan verkan om SLG (sökanden) tilläts att omedelbart ersätta de aktuella leveransavtalen med andra avtal".
- 154 Kommissionen har invänt mot att artikel 3 i förordning nr 17 inte skulle utgöra en giltig rättslig grund. Enligt kommissionen måste dess befogenheter enligt denna

artikel utövas på ett så effektivt och ändamålsenligt sätt som möjligt med hänsyn till omständigheterna i varje särskilt fall (se domstolens beslut av den 17 januari 1980, Camera Care mot kommissionen, 792/79 R, Rec. s. 119).

155 Enligt kommissionen innefattar dessa befogenheter en rätt att ålägga företagen att vidta eller avstå från vissa åtgärder, för att få överträdelsen att upphöra. De särskilda förpliktelser som åläggs måste enligt kommissionen fastställas mot bakgrund av vad som krävs för att återställa rättsenliga förhållanden. Kommissionen har dessutom påstått att den enligt artikel 3 i förordning nr 17 har befogenhet att vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att få den konstaterade överträdelsen att upphöra. Dessa åtgärder kan vara av såväl positiv som negativ art (se domstolens dom av den 31 mars 1993, Åhlström Osakeyhtiö m. fl. mot kommissionen ("pappersmassefallet"), C-89/85, C-104/85C, C-114/85, C-116/85, C-117/85, och C-125/85—C-129/85, Rec. s. I-1307).

156 Förbudet enligt artikel 4 i beslutet är i det aktuella fallet berättigat av nödvändigheten att förhindra att det förbud som fastställs artikel 1 kringgås. Sökanden skulle nämligen på grundval av förordning nr 1984/83 vid varje tidpunkt kunna dra nytta av ett gruppundantag för nya exklusiva avtal, om inte artikel 4 i beslutet hade antagits. På denna punkt har kommissionen tillagt att förbudet är av kompletterande art och bara avser att förhindra ett onödigt upprepande av det administrativa förfarandet som har utmynnat i avslag på ansökan om enskilt undantag. Artikel 4 i beslutet går inte längre än vad som är nödvändigt för att återupprätta förhållanden som är förenliga med fördraget.

157 Kommissionen har slutligen gjort gällande att artikel 3 i beslutet utgör en nödvändig följd av förbudet mot leveransavtal. Den extra underrättelse som sökanden har ålagts att lämna till sina avtalsparter skall, genom att tillföra nödvändig klarhet, bidra till att avtalen verkligen upphör.

Förstainstansrättens bedömning

- 158 Det är lämpligt att först pröva sökandens påstående att artikel 3 i förordning nr 17 inte utgör en rättslig grund som gjorde det möjligt för kommissionen att anta artikel 3 i beslutet, enligt vars lydelse sökanden ”förpliktas att inom en tidsfrist av tre månader från delgivningen av detta beslut underrätta de återförsäljare med vilka företaget har ingått sådana avtal som anges i artikel 1 om ordalydelsen i artiklarna 1 och 2, samt uppge att de berörda avtalen är ogiltiga”. I detta hänseende bör erinras om att det av ordalydelsen i artikel 3 i förordning nr 17 framgår att om ”kommissionen konstaterar ... en överträdelse av bestämmelserna i fördragets artikel 85 eller 86, kan den ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen”. Enligt förstainstansrättens mening har kommissionen enligt denna bestämmelse även rätt att kräva en sådan underrättelse som anges i artikel 3 i beslutet, i syfte att säkerställa att beslutet får en verkningsfull tillämpning. Med hänsyn till att denna bestämmelse för övrigt är i överensstämmelse med kommissionens administrativa praxis på området skall sökandens klagomål i fråga om artikel 3 i beslutet lämnas utan avseende.
- 159 Vad sedan gäller frågan om det saknas rättslig grund för artikel 4 i beslutet, enligt vilken sökanden förbjuds att ingå sådana avtal som enligt artikel 1 i beslutet skall anses stå i strid med artikel 85.1 i fördraget, är det förstainstansrättens mening att artikel 3 i förordning nr 17 (citerad i punkt 158) bara ger kommissionen befogenhet att förbjuda de befintliga exklusiva avtal som är oförenliga med konkurrensreglerna.
- 160 Vad gäller möjligheten att återupprätta ett exklusivt avtalsnät påpekas att det framgår av rättspraxis rörande tillämpningen av artikel 85.1 att, även i det fall då undersökningen av alla likartade avtal på den relevanta marknaden och övriga eko-

nomiska och rättsliga omständigheter i sammanhanget visar att denna marknad är svårtillgänglig, faller exklusiva inköpsavtal som har ingåtts av en leverantör som inte i någon väsentlig mån bidrar till den kumulativa verkan inte under förbudet enligt artikel 85.1 (se den ovan nämnda domen *Delimitis*, punkterna 23 och 24).

161 Härav följer att artikel 85.1 i regel inte utgör något hinder för att ingå exklusiva inköpsavtal, förutsatt att de inte i väsentlig mån bidrar till en avskärmning av marknaden. Förstainstansrätten kan i detta sammanhang inte godta kommissionens argument om att förbudet mot att i framtiden ingå avtal är berättigat av nödvändigheten av att förhindra försök att med hjälp av förordning nr 1984/83 kringgå förbudet mot befintliga avtal i artikel 1 i beslutet.

162 Förordning nr 1984/83 är nämligen en allmängiltig rättsakt som gör det möjligt för företagen att få ett gruppundantag tillämpat på vissa exklusiva avtal som uppfyller villkoren i artikel 85.3. Med hänsyn till rättsreglernas rangordning saknar kommissionen befogenhet att genom ett enskilt beslut inskränka eller begränsa rättsverkingarna av en allmängiltig rättsakt, om inte denna innehåller en uttrycklig rättslig grund för en sådan åtgärd. Även om kommissionen enligt artikel 14 i förordning nr 1984/83 har befogenhet att bestämma att nämnda förordning inte skall tillämpas, om den i ett visst fall konstaterar att ett undantaget avtal ändå har vissa verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i artikel 85.3 i fördraget, innehåller artikel 14 däremot ingen rättslig grund som gör det möjligt att bestämma att gruppundantaget inte skall tillämpas på framtida avtal.

163 Förstainstansrätten anser dessutom att det skulle strida mot principen om likabehandling, som är en av gemenskapsrättens grundläggande principer, att för vissa

företag utesluta en framtida tillämpning av en gruppundantagsförordning, medan andra företag, som i detta fall intervenienten, skulle kunna fortsätta att ingå sådana exklusiva inköpsavtal som förbjuds i beslutet. Ett sådant förbud skulle således kunna vara till men för vissa företags ekonomiska frihet och i strid med fördragets målsättningar skapa en snedvriden konkurrens på marknaden.

164 Av samtliga dessa skäl finner förstainstansrätten att det finns stöd för den åberopade grunden. Artikel 4 i beslutet bör därför ogiltigförklaras.

165 Mot bakgrund av övervägandena ovan skall talan ogillas som ogrundad, med undantag för yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 4 i beslutet.

Rättegångskostnader

166 Enligt artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sina kostnader om parterna ömsom vinner och förlorar på en eller flera punkter. I det aktuella fallet är sökanden i huvudsak den tappande parten i målet, och bör därför bära sina egna kostnader samt förpliktas att ersätta alla övriga rättegångskostnader, inklusive de för det interimistiska förfarandet och intervenientens kostnader, med undantag för en fjärdedel av svarandens kostnader. Svaranden skall således bära en fjärdedel av sina egna kostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Artikel 4 i kommissionens beslut 93/405/EEG av den 23 december 1992 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget på Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 och IV/34.072) ogiltigförklaras.
- 2) Talan i övrigt ogillas.
- 3) Sökanden skall ersätta samtliga rättegångskostnader, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet och intervenientens kostnader, med undantag för en fjärdedel av svarandens kostnader.
- 4) Svaranden skall bära en fjärdedel av sina egna kostnader.

Vesterdorf

Barrington

Saggio

Kirschner

Kalogeropoulos

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 8 juni 1995.

H. Jung

B. Vesterdorf

Justitiesekreterare

Ordförande

SCHÖLLER MOT KOMMISSIONEN

Innehåll

Bakgrund	II - 1617
Förfarande	II - 1621
Parternas yrkanden	II - 1624
Angående den grund som avser en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget	II - 1625
Angående grundens första led som avser avgränsningen av marknaden	II - 1625
Produktmarknaden	II - 1625
Sammanfattning av parternas argument	II - 1626
Förstainstansrättens bedömning	II - 1630
Den geografiska marknaden	II - 1635
Sammanfattning av parternas argument	II - 1635
Förstainstansrättens bedömning	II - 1636
Angående grundens andra led som avser de exklusiva avtalens inverkan på konkurren- sen	II - 1637
Sammanfattning av parternas argument	II - 1637
Förstainstansrättens bedömning	II - 1641
Angående grundens tredje led som avser kommissionens påstådda skyldighet att bedöma de enskilda avtalen var för sig, på så sätt att vissa av dem faller utanför förbudet i artikel 85.1 i fördraget	II - 1647
Sammanfattning av parternas argument	II - 1647
Förstainstansrättens bedömning	II - 1648
Angående den grund som avser en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget	II - 1650
Angående grundens första led som avser kommissionens påstådda skyldighet att inte avvika från bedömningen i det administrativa beskedet	II - 1650
Sammanfattning av parternas argument	II - 1650
Förstainstansrättens bedömning	II - 1653
Angående grundens andra led som avser påståendet att de omtvistade avtalen kan omfat- tas av ett gruppundantag	II - 1656
Sammanfattning av parternas argument	II - 1656
Förstainstansrättens bedömning	II - 1657
	II - 1673

Angående grundens tredje led som avser frågan om leveransavtalen uppfyller villkoren i artikel 85.3 i fördraget	II - 1658
Sammanfattning av parternas argument	II - 1658
Förstainstansrättens bedömning	II - 1662
Angående den grund som avser en överträdelse av artikel 3 i förordning nr 17	II - 1666
Sammanfattning av parternas argument	II - 1666
Förstainstansrättens bedömning	II - 1669
Rättegångskostnader	II - 1671