

RETTENS DOM (Anden Afdeling)

27. juli 2005 \*

I de forenede sager T-49/02 — T-51/02,

**Brasserie nationale SA (tidligere Brasseries Funck-Bricher og Bofferding),**  
Bascharage (Luxembourg), ved avocats A. Carnelutti og L. Schiltz, og med valgt  
adresse i Luxembourg,

**Brasserie Jules Simon et Cie SCS, Wiltz (Luxembourg),** ved avocats A. Carnelutti  
og J. Mosar,

**Brasserie Battin SNC, Esch-sur-Alzette (Luxembourg),** ved avocats A. Carnelutti  
og M. Santini,

sagsøgere,

\* Processprog: fransk.

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved W. Wils og A. Bouquet, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående dels en påstand om annullation af artikel 1 i Kommissionens beslutning 2002/759/EF af 5. december 2001 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/37.800/F3 — Luxembourgske bryggerier) (EFT 2002 L 253, s. 21) for så vidt angår sagsøgerne, dels en påstand om principalt annullation af beslutningens artikel 2, for så vidt som den pålægger sagsøgerne bøder, subsidiært en væsentlig nedsættelse af de omhandlede bøder,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS (Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A.W.H. Meij, og dommerne N.J. Forwood og I. Pelikánová,

justitssekretær: fuldmægtig I. Natsinas,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 16. marts 2005,

afsagt følgende

## Dom

### Faktiske omstændigheder

- 1 Nærværende sager vedrører Kommissionens beslutning 2002/759/EF af 5. december 2001 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/37.800/F3 — Luxembourgiske bryggerier) (EFT 2002 L 253, s. 21) (herefter »beslutningen«).
  
- 2 Beslutningen vedrører den overenskomst, der blev indgået den 8. oktober 1985 (herefter »overenskomsten«) mellem fem luxembourgske bryggerier (herefter »parterne«), nemlig Brasserie nationale (herefter »Brasserie nationale«), Brasserie Jules Simon et Cie, tidligere Brasserie de Wiltz (herefter »Wiltz«), Brasserie Battin (herefter »Battin«) (herefter under ét »sagsøgerne«), Brasserie de Diekirch (herefter »Diekirch«) og Brasseries Réunies de Luxembourg Mousel et Clausen (herefter »Mousel«).
  
- 3 Mousel og Diekirch blev i 1999 overtaget af Interbrew SA (herefter »Interbrew«). Diekirch blev i juli 2000 et datterselskab under Mousel. Ved denne lejlighed skiftede Mousel navn til Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch (herefter »Brasserie de Luxembourg«).

- 4 Brasserie nationale er i beslutningen omtalt som »Brasserie nationale — Bofferding«, forkortet til »Bofferding«. Under retsmødet bekræftede bryggeriets advokat imidlertid, at udtrykkene refererede til samme juridiske enhed. Herefter benævnes det »Brasserie nationale«.

- 5 Overenskomstens artikel 1 har følgende ordlyd:

»Formålet med denne overenskomst er at forebygge og løse de konflikter, der kan opstå i Storhertugdømmet Luxembourg hvad angår overholdelse og gensidig beskyttelse af bryggeriklausulerne, de såkaldte ølklausuler; [uanset om en sådan klausul] er særskilt nedfældet eller er indeholdt i en anden aftale eller overenskomst [...].«

- 6 Det bestemmes i overenskomstens artikel 2:

»Ved udtrykket ølklausul forstås enhver skriftlig aftale uanset dennes retlige gyldighed og/eller varighed og/eller retsvirkning over for tredjemand, ved hvilken et af de kontraherende bryggerier har aftalt med et udskækningssted, at dette udelukkende køber luxembourgsk øl af bryggeriets egen produktion eller øl produceret på licens af et luxembourgsk bryggeri og/eller øl, der sælges af et luxembourgsk bryggeri for en bestemt periode og/eller for en bestemt mængde øl [...].«

## 7 Følgende stipuleres i overenskomstens artikel 4:

»Bryggerierne forbydes og forpligter sig til at forbyde deres øldepoter ethvert salg af øl fra et udskænkingssted, der i denne overenskomsts forstand er forbeholdt en af aftaleparterne.

Hvis øldepotet flere gange misligholder sin forpligtelse, følges følgende fremgangsmåde:

Det kontraherende bryggeri forelægger for kunden konkrete beviser for dennes salg af øl fra et konkurrerende bryggeri og indskærper i påkommende tilfælde leveringsaftalen over for kunden. Det kontraherende bryggeri indskærper ligeledes aftalen over for øldepotet og kræver, at det afholder sig fra yderligere forsyning af øl. Samtidig anmoder det kontraherende bryggeri det konkurrerende bryggeri om at kontakte øldepotet og formelt pålægge det at stoppe enhver forsyning til den kunde, der er aftalemæssigt bundet til det konkurrerende bryggeris kollega, for at undgå, at det konkurrerende bryggeri kan anses for meddelagtig i dets øldepots handlinger [...]

## 8 Overenskomstens artikel 5 har følgende ordlyd:

»Ethvert kontraherende bryggeri forpligter sig til, før det indgår aftale om og/eller leverer øl til et udskænkingssted, der hidtil er blevet forsynet af et andet bryggeri, at forhøre sig hos dette bryggeri for at sikre sig, at der ikke findes en »ølklausul« til fordel for dette bryggeri.

Denne anmodning om oplysninger fremsendes skriftligt til det andet bryggeri, som er forpligtet til at afgive oplysningerne samt — hvis det er nødvendigt — dokumentation til støtte herfor, til godtgørelse af, hvorvidt der foreligger en »ølklausul« [...]. Der kan fremsendes en kopi af anmodningen til direktøren for Fédération des Brasseurs luxembourgeois.«

- 9 Overenskomstens artikel 6 og 7 fastsætter bestemmelser vedrørende sanktioner i forbindelse med tilsidesættelse af artikel 4 eller 5. Artikel 8, 9 og 10 fastsætter bestemmelser vedrørende mægling, voldgift og høring. I henhold til artikel 11 kan overenskomsten opsiges, hvis et udenlandsk bryggeri overtager kontrollen med et bryggeri, eller hvis der indledes et samarbejde med et udenlandsk bryggeri. Endelig bestemmes det i artikel 12, at overenskomsten er indgået for et ubestemt tidsrum, og at opsigelsesfristen er 12 måneder.
  
- 10 Overenskomsten er suppleret med en hensigtserklæring, der ligeledes blev undertegnet den 8. oktober 1985 (herefter »hensigtserklæringen vedrørende Battin«), hvori det hedder:

»[Battin] overtræder ikke [overenskomstens] artikel 2 ved at sælge øl produceret af koncessionsgiveren »Bitburger Brauerei Th. Simon«, Forbundsrepublikken Tyskland, i henhold til de distributionsmåder og -betingelser, der anvendes i øjeblikket.

Hvis der i fremtiden skulle ske en ændring af distributionsmåder og -betingelser eller en mærkbar stigning i den afsatte mængde, der forstyrrer balancen i den nuværende distributionssituation, [...] vil [overenskomsten] kunne opsiges når som helst over for [Battin].«

- 11 Overenskomsten blev endvidere suppleret af en hensigtserklæring underskrevet under mødet i Fédération des brasseurs luxembourgeois (herefter »FBL«) den 2. december 1986 (herefter »hensigtserklæringen vedrørende de udenlandske bryggerier«), hvori følgende bestemmes:

»De kontraherende bryggerier erklærer at ville give prioritet til opsøgende salgsarbejde og indgåelse af leveringsklausuler med en af deres luxembourgske kolleger, hvis det bryggeri, der har aftalen, skriftligt oplyser, at en af dets kunder er blevet opsøgt af og er indstillet på at indgå en leveringsaftale med et udenlandsk bryggeri, uagtet at kunden er bundet til et af de kontraherende bryggerier ved en leveringsklausul, som falder inden for rammerne af [overenskomsten].

Hvis en kollega har kunnet indgå en leveringsklausul med en tidligere kunde hos det bryggeri, som skriftligt har erklæret at ville give prioritet til opsøgende salgsarbejde, forpligter denne kollega sig til ved den første lejlighed, der byder sig for en sådan kompensation, at tilbyde bryggeriet en af sine kunder, der befinder sig i en lignende situation, med henblik på opsøgende salgsarbejde.«

### **Den anfægtede beslutning**

- 12 I beslutningen er det anført, at formålet med overenskomsten for det første var at fastholde parternes respektive kunder inden for den såkaldte »Horeca«-sektor (hoteller, restauranter, caféer) i Luxembourg, og for det andet at forhindre udenlandske bryggerier i at trænge ind i sektoren (betragtning 47-73).

- 13 Det er endvidere anført, at overenskomsten kunne have mærkbare konkurrencebe-  
grænsende følger i sektoren og mærkbart påvirke samhandelen mellem medlems-  
staterne. Det konkluderes derfor, at parterne ved at indgå overenskomsten har  
tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF (betragtning 74-85).
- 14 Ifølge beslutningen er overtrædelsen begået forsætligt i den forstand, hvori  
udtrykket er anvendt i artikel 15, stk. 2, i den på daværende tidspunkt gældende  
rådsforordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af  
bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81) (betragtning  
89 og 90).
- 15 Beslutningens artikel 1 har følgende ordlyd:

»[Parterne] har overtrådt [...] artikel 81, stk. 1, [EF] ved at indgå en aftale, der havde  
til formål at bevare deres respektive kunder på det luxembourgske udskænkings-  
marked og hindre udenlandske bryggeriers adgang til denne sektor.

Overtrædelsen varede fra oktober 1985 til februar 2000.«

- 16 Ifølge beslutningens artikel 2 pålægges Brasserie nationale en bøde på 400 000 EUR  
og Wiltz og Battin pålægges hver en bøde på 24 000 EUR.



## **Retsforhandlinger**

- 17 Ved tre stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 26. februar 2002 har sagsøgerne anlagt nærværende sager.
- 18 Den skriftlige forhandling i sagerne blev afsluttet den 25. november 2002.
- 19 Efter at parterne er blevet hørt om dette punkt, har formanden for Rettens Anden Afdeling ved kendelse af 15. november 2001 forenet sagerne med henblik på den mundtlige forhandling og domsafsigelsen i henhold til artikel 50 i Rettens procesreglement.
- 20 Da formanden for Anden Afdeling var forhindret i at deltage i sagernes pådømmelse, har Rettens præsident den 22. februar 2005 i henhold til procesreglementets artikel 32, stk. 3, udpeget dommer N.J. Forwood med henblik på at gøre afdelingen beslutningsdygtig.

## **Parternes påstande**

- 21 I hver af sagerne har de respektive sagsøgere nedlagt følgende påstande:

— Beslutningens artikel 1 annulleres i det omfang, det heri fastslås, at sagsøgeren har tilsidesat traktatens artikel 81, stk. 1.

- Under alle omstændigheder annulleres beslutningens artikel 2 i det omfang, sagsøgeren herved pålægges en bøde; subsidiært nedsættes bøden væsentligt.
  
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22 Kommissionen har i hver sag nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
  
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

### **Retlige bemærkninger**

23 I hver af sagerne har de respektive sagsøgere gjort to anbringender gældende vedrørende for det første tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF og for det andet tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 samt af den begrundelsespligt, der følger af artikel 253 EF.

#### *1. Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF*

24 Det første anbringende består af fem led, hvorved sagsøgerne for det første har foreholdt Kommissionen, at den ved vurderingen af overenskomstens formål ikke

har taget tilstrækkeligt hensyn til den sammenhæng, hvori overenskomsten indgik, for det andet, at den har lagt til grund, at overenskomsten skulle finde anvendelse, selv hvis der ikke var en »ølklausul«, for det tredje, at den har betragtet overenskomsten som en aftale om fastholdelse af kundekredse og fundet, at den dermed havde et konkurrencebegrænsende formål, for det fjerde, at den har konkluderet, at overenskomsten havde til formål at forhindre udenlandske bryggerier i at trænge ind i den luxembourgiske Horeca-sektor, og for det femte, at den har vurderet, at overenskomsten påvirkede konkurrencen mærkbart.

- 25 I denne forbindelse bemærkes, at tredje led af det første anbringende angår det første konkurrencebegrænsende formål, som Kommissionen har anført, nemlig fastholdelse af parternes respektive kundekredse i den luxembourgiske Horeca-sektor, mens anbringendets fjerde led vedrører det andet konkurrencebegrænsende formål, som Kommissionen har anført, nemlig at forhindre udenlandske bryggerier i at trænge ind i den luxembourgiske Horeca-sektor. Første led af det første anbringende vedrører manglende begrundelse for så vidt angår vurderingen af overenskomstens formål.
- 26 Herefter angår tredje, fjerde og første led af det første anbringende alle vurderingen af overenskomstens formål. De skal derfor behandles under ét.

*Vurderingen af overenskomstens formål (tredje, fjerde og første led af det første anbringende)*

Den anfægtede beslutning

- 27 I beslutningen er det først anført, at i henhold til referat af mødet i FBL den 7. oktober 1986, som ændret ved referat af mødet i FBL den 2. december 1986, var

parterne blevet enige om en bredere fortolkning af begrebet »ølklausul« end den, der følger af overenskomstens artikel 2. I mødereferatet af 7. oktober 1986 anføres følgende (niende betragtning):

»Der er [...] enighed om at sidestille »ølklausul« med:

- en transaktion, der består i at indgå et lejemål og yde økonomisk bidrag til at udstyre et udskænkingssted, uden at der udtrykkelig nævnes en »ølklausul«, f.eks. når bryggeri X lejer en bygning og bidrager økonomisk til at udstyre bygningen ifølge dennes formål, men ikke indgår eller ikke opnår at indgå en aftale, der forpligter ejeren
  
- et bryggeris overtagelse af en bevilling [ret til at drive et udskænkingssted], uden at der udtrykkeligt nævnes en »ølklausul«.

Disse to fortolkninger indgår som en del af de gældende bestemmelser på dette område.«

- <sup>28</sup> Det fremgår af beslutningen, at denne fortolkning blev bekræftet i en skrivelse af 23. oktober 1991 fra Wiltz til FBI., hvori det hedder (niende betragtning):

»[B]ryggerier[ne] er enige om at sidestille »ølklausul« med:

- en transaktion, der består i at indgå et lejemål

— et bryggeris tilrådighedsstillelse af en udskærkningsbevilling uanset grundlaget herfor.«

29 Hvad angår den juridiske vurdering af overenskomstens formål anføres følgende i beslutningen (betragtning 47):

»Formålet med aftalen er først og fremmest at begrænse konkurrencen mellem de kontraherende bryggerier ved at fastholde deres respektive kunder på det luxembourgske udskærkningsmarked. Det fremgår af aftalens artikel 4 og 5 samt artikel 6 og 7, der foreskriver sanktioner, hvis disse bestemmelser overtrædes (se betragtning 48-66). Endvidere er formålet med aftalen at forhindre udenlandske bryggerier i at trænge ind på det luxembourgske udskærkningsmarked. Dette andet konkurrencebegrænsende formål fremgår navnlig af den anden erklæring, der er bilagt aftalen (se betragtning 67-73).«

30 Hvad angår det første konkurrencebegrænsende formål er det anført, at de kontraherende bryggerier og deres depoter i henhold til overenskomstens artikel 4 ikke måtte levere øl til udskærkningssteder, der var forbeholdt andre luxembourgske bryggerier. Det er anført i beslutningen, at forbuddet fandt anvendelse i tre tilfælde, nemlig når der ikke fandtes nogen leveringsaftale eller »ølklausul«, når der fandtes en ugyldig »ølklausul« eller en »ølklausul«, der ikke kunne gøres gældende over for tredjemand, og når der fandtes en gyldig »ølklausul«, og at det medførte en konkurrencebegrænsning i alle tre tilfælde. Det følger af beslutningen, at selve formålet med overenskomsten i hvert af de tre scenarier var at begrænse konkurrencen (betragtning 48).

31 For så vidt angår det første tilfælde er det anført, at når et bryggeri finansierede udstyr eller opkrævede en udskærkningsafgift uden at indgå en aftale med udskærkningsstedet eller uden at pålægge udskærkningsstedet en eksklusiv

købsklausul, forhindrede overenskomstens artikel 4 udskænkingsstedet i at købe øl hos andre luxembourgiske bryggerier, hvorfor det første bryggeri bevarede sine kunder, og handlefriheden for det pågældende udskænkingssted og bryggerier uden for aftalenettet var begrænset (betragtning 50).

32. Hvad angår det andet tilfælde er det anført, at overenskomsten gik videre end de restriktioner, der fulgte af loven, for så vidt som den forpligtede parterne til at overholde »ølklausuler«, som ikke var gyldige eller som ikke havde retskraft, f.eks. på grund af bryggeriets brud på kontraktlige forpligtelser over for udskænkingsstedet. På denne måde begrænsede parterne deres handlefrihed og gav hinanden fordele i form af fastholdelse af kundekredse og retssikkerhed, som de ikke ville have kunnet opnå i en normal konkurrencesituation. Det tilføjes, at den luxembourgiske retspraksis vedrørende kontraktens ugyldighed på grund af manglende fastsættelse af priser eller mængder ikke længere var gældende efter marts 1996, men at parterne alligevel ikke ophævede overenskomsten på dette tidspunkt. Vendingen »uanset dennes retlige gyldighed, og/eller varighed og/eller retsvirkning over for tredjemand« udvidede ifølge beslutningen garantien i artikel 4 til også at omfatte aftaler, der var ugyldige, eller som ikke havde retsvirkning over for tredjemand af andre grunde end manglende fastsættelse af priser eller mængder (betragtning 52-55).
33. For så vidt angår det tredje tilfælde er det i beslutningen for det første anført, at overenskomstens artikel 4 forbød »enhver levering til et udskænkingssted, der er forbeholdt [...] et andet kontraherende bryggeri«, mens den forpligtelse, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af [...] artikel 81, stk. 3, [EF] på kategorier af eksklusive købsaftaler (EFT L 173, s. 5), som senest ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1582/97 af 30. juli 1997 (EFT L 214, s. 27), er begrænset til den ølsort, der leveres af det kontraherende bryggeri. For det andet forbød overenskomsten enhver levering til et udskænkingssted, der var forbeholdt en anden part, mens den sanktion, der — ifølge parterne — er foreskrevet i civilretten for sådanne leverancer, er begrænset til skadeserstatning. Af forskellige grunde kunne det ske, at et udskænkingssted ønskede at opsiges en aftale og påtage sig de økonomiske konsekvenser heraf. Ifølge beslutningen fratog overenskomsten udskænkingsstederne en sådan mulighed for voldgift og bidrog således til at bevare de ineffektive relationer (betragtning 56-58).

- 34 Det fremgår endvidere af beslutningen, at den konkurrencebegrænsning, der fulgte af overenskomstens formål, først og fremmest skyldtes den omstændighed (som ikke var bestridt af parterne), at den fandt anvendelse selv i de tilfælde, hvor der ikke findes en leveringsaftale eller en »ølklausul«, og derfor ikke kunne gøres til genstand for nogen form for tvist (betragtning 50).
- 35 For det andet er det anført, at der før overenskomsten var en række andre aftaler mellem luxembourgske bryggerier, f.eks. overenskomsten af 1. september 1966, der omfattede alle de kontraherende bryggerier, samt overenskomsterne af 13. juni 1975 og 28. april 1983, der omfattede Brasserie nationale og Mousel. Disse tidligere aftaler forpligtede allerede de kontraherende bryggerier til fuldstændig at holde sig til deres respektive kundekredse uden at henvise til en eksklusiv købsklausul eller nævne noget om retssikkerhedsmæssige problemer. Det følger af beslutningen, at der ved fortolkningen af overenskomsten i nogen grad må tages hensyn til denne historiske baggrund, der kan sætte spørgsmålstegn ved de retssikkerhedsmæssige hensyn, som parterne har henvist til som begrundelse for overenskomsten (betragtning 60).
- 36 For det tredje er det anført, at vurderingen af formålet med overenskomsten ikke afhænger af parternes subjektive intentioner, hvis den klart vil kunne begrænse eller fordreje konkurrencen (betragtning 61).
- 37 For det fjerde har Kommissionen, for så vidt angår det af parterne påberåbte problem med hensyn til manglende retssikkerhed, understreget, at sådanne problemer påvirker forskellige former for aftaler i forskellige erhvervsgrøner og i forskellige medlemsstater, alt efter de gældende nationale civilretlige regler, og at de er en del af de kommercielle risici, som den enkelte virksomhed må klare på egen hånd. Det fremgår af beslutningen, at problemet »ikke kan retfærdiggøre en aftale, der udelukkende er til fordel for de nationale virksomheder«, og »derfor ikke begrundet en fritagelse« fra traktatens artikel 81, stk. 1, EF (betragtning 62).

- 38 Det er endvidere anført i beslutningen, at direktøren for FBL udtrykkeligt havde anerkendt overenskomstens ugyldighed ved på et mæglingsmøde mellem Brasserie nationale og Diekirch den 19. marts 1996 at bemærke, at »selv om bryggeriernes indbyrdes [bestemmelser] ikke har retskraft, hersker der en fælles ånd« (betragtning 63).
- 39 Det er endvidere anført i beslutningen, at overenskomstens artikel 5 styrker den konkurrencebegrænsning, der følger af artikel 4, idet den sikrer dens faktiske anvendelse, og at artikel 6 og 7 tager sigte på at styrke de forpligtelser, som følger af artikel 4 og 5, samt fastsætter sanktioner, som er mere vidtrækkende end de retsmidler, der foreskrives i civilretten (betragtning 64-66).
- 40 Hvad angår det andet konkurrencebegrænsende formål, som består i at forhindre udenlandske bryggerier i at trænge ind i den luxembourgiske Horeca-sektor, fremgår det af beslutningen, at hensigtserklæringen vedrørende de udenlandske bryggerier foreskriver en høring mellem parterne for at sikre, at en af de »luxembourgiske kolleger« får prioritet med hensyn til det opsøgende salgsarbejde, og at der derefter — hvis det opsøgende salgsarbejde giver resultat — skal indføres en kompensationsmekanisme til udveksling af udskænkingssteder mellem de to berørte parter. Dette formål bekræftes af, at direktøren for FBL på et mæglingsmøde den 19. marts 1996 mellem Brasserie nationale og Diekirch bemærkede, at »[d]et [gjaldt] om at undgå [...] en massiv tilstedeværelse af udenlandske bryggerier på [deres] marked«. Selv om denne bemærkning ikke forpligter parterne, bør der imidlertid tages højde herfor ved fortolkningen af overenskomsten, idet den er blevet fremsat på et møde om anvendelsen af overenskomsten. Det følger af beslutningen, at dette andet konkurrencebegrænsende formål skal ses i sammenhæng med det første, da en begrænsning af udenlandske bryggeriers indtrængen på det luxembourgiske marked bidrog til at bevare stabiliteten i forholdet mellem aftaleparterne. Formålet med hensigtserklæringen vedrørende Battin var at sikre »den nuværende balance i distributionen«, hvilket viser, at parterne mente, at der var en vis balance, der skulle beskyttes. Endelig er det anført i beslutningen, at overenskomstens artikel 11 gav mulighed for at fravige overenskomsten over for et kontraherende bryggeri, der samarbejder med et udenlandsk bryggeri (betragtning 67-73).



## Parternes argumenter

— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at fastholde kundekredse (tredje led af det første anbringende)

- 41 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den har betragtet overenskomsten som en aftale om fastholdelse af kundekredse, og dermed som en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.
- 42 Det eneste formål med overenskomsten var således ifølge sagsøgerne at sikre overholdelsen af de eksklusivaftaler, der var indgået mellem udskænkingsstedet og bryggeriet, hvilket Domstolen har anerkendt ikke er et konkurrencebegrænsende formål (dom af 28.2.1991, sag C-234/89, *Delimitis*, Sml. I, s. 935). *Brasserie nationale* har tilføjet, at dette formål med overenskomsten kan udledes af alle de tilfælde, hvor denne er blevet påberåbt. Disse tilfælde er opregnet i beslutningen.
- 43 Hvad angår betragtningen om, at overenskomsten alene var til fordel for de nationale bryggerier (betragtning 62 til beslutningen), har sagsøgerne gjort gældende, at overenskomsten var åben for alle bryggerier etableret i Luxembourg. De har tilføjet, at *Mousel* og *Diekirch* ikke blev udelukket fra overenskomsten, efter at de blev overtaget af *Interbrew*.
- 44 Sagsøgerne er af den opfattelse, at den ordning for udveksling af oplysninger, der er foreskrevet i overenskomstens artikel 5, gjorde det muligt at begrænse dennes rækkevidde til de beskrevne »ølklausuler«. I kopien af den udvekslede kontrakt blev forretningsmæssigt følsomme oplysninger skjult. *Brasserie nationale* har tilføjet, at overenskomstens artikel 4 alene var udtryk for parternes tilsagn om at overholde

eksklusivaftalerne. Udtrykket »udskænkingssted, der [...] er forbeholdt«, som er anvendt i bestemmelsen, betyder blot, at dette er »bundet« til et bryggeri på grund af en »ølklausul«, hvilket bekræftes af bestemmelsens tredje afsnit.

- 45 Hvad angår de aftaler, der gik forud for overenskomsten, og som der er henvist til i betragtning 60 til beslutningen, har sagsøgerne anført, at deres vurdering er gengivet fejlagtigt i beslutningen. De har præciseret, at aftalerne fra 1980 og 1981 såvel som overenskomsten tilsigtede at sikre overholdelsen af de eksklusivaftaler, der var indgået, i modsætning til aftalerne fra 1975 og 1983. Brasserie nationale har præciseret, at størstedelen af dets aftaler er indgået før EØF-traktaten, at aftaler indgået efter denne traktat kun var bindende for to af parterne, at Kommissionen for så vidt angår de sidstnævnte aftaler så bort fra aftalen fra 1980, og at den eneste multilaterale aftale blev indgået i 1966, altså før udløbet af overgangsperioden, og blev bragt til ophør længe før overenskomsten.
- 46 Hvad angår direktøren for FBL's bemærkninger, som der er henvist til i betragtning 63 til beslutningen (jf. præmis 38 ovenfor), har Brasserie nationale anfægtet direktørens autoritet, for så vidt som FBL har begrænsede beføjelser, og idet direktørens profil næppe giver ham mulighed for at kende markedet. Hans synspunkt vedrørende overenskomstens gyldighed er endvidere fejlagtigt. For så vidt som overenskomsten alene tilsigtede at sikre overholdelsen af eksklusivaftaler, som ikke havde grænseoverskridende karakter, vedrørte den ifølge Brasserie nationale ikke import eller eksport (Domstolens dom af 18.3.1970, sag 43/69, Bilger, Sml. 1970, s. 23, org.ref.: Rec. s. 127). Brasserie nationale er derfor af den opfattelse, at overenskomsten var undtaget fra anmeldelsespligten i henhold til artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17, således at den forblev gyldig, indtil det eventuelt blev konstateret, at der var tale om en overtrædelse. Wiltz og Battin har ligeledes bestridt, at udtalelserne fra direktøren for FBL kan tillægges nogen autoritet, og har desuden henvist til, at overenskomsten ikke vedrørte import eller eksport.
- 47 Sagsøgerne har endvidere anført, at overenskomsten blev vedtaget af tre grunde. Brasserie nationale har alene påberåbt sig disse grunde for så vidt angår det andet og tredje tilfælde, som er omtalt i beslutningen, nemlig henholdsvis når der fandtes en

ugyldig »ølklausul« eller en »ølklausul«, der ikke kunne gøres gældende over for tredjemand, og når der fandtes en gyldig »ølklausul«, idet selskabet har gentaget, at det første tilfælde, nemlig det, hvor der ikke fandtes nogen »ølklausul«, ikke faldt inden for overenskomstens rækkevidde.

48 Hvad angår den første grund har sagsøgerne gjort gældende, at de aftaler, der indeholdt en »ølklausul«, systematisk blev ophævet af de luxembourgiske domstole, på grund af manglende fastsættelse af priser og mængder, på baggrund af en fransk retspraksis, der byggede på tilsvarende bestemmelser i code civil. Brasserie nationale har tilføjet, at overenskomsten udgjorde en alternativ metode til at løse de konflikter, hvor der i lyset af denne retspraksis var spørgsmål om at forkaste gyldigheden af »ølklausulerne«, og at det var med henblik herpå, at vendingen »uanset dennes retlige gyldighed [...] og/eller retsvirkning over for tredjemand« blev indskrevet i overenskomstens artikel 2.

49 Sagsøgerne har præciseret, at risikoen for, at ugyldigheden af en kontrakt med en »ølklausul« ville blive påberåbt ved de luxembourgiske domstole forelå uanset hvad der var tvistens udgangspunkt, idet enhver indbringelse for domstolene, herunder som følge af opsigelse eller manglende opfyldelse af kontrakten, udsatte det omhandlede bryggeri for en sådan risiko. Selv om man gik bort fra den ovennævnte franske retspraksis i 1995, hvilket i Luxembourg blev fulgt op af en enkelt førsteinstansafgørelse fra marts 1996, var denne ene afgørelse ifølge sagsøgerne ikke tilstrækkelig til at udelukke den foreliggende risiko. Det var ikke afgørende, om den franske retspraksis havde været enstemmig eller blot fulgt af flertallet. Brasserie nationale har til Kommissionens argumentation tilføjet, at den omstændighed, at kovendingen i den franske retspraksis skete ad to omgange, er uden betydning for det faktiske tidspunkt for skiftet i den luxembourgiske retspraksis, idet der gik tre til fire år, før en luxembourgsk appelafgørelse i en ølsag anerkendte det franske praksisskift, og at de mulige måder, hvorpå man kunne efterkomme den omhandlede retspraksis, ligeledes var præget af usikkerhed og under alle omstændigheder var uhensigtsmæssige for så vidt angår distribution af øl. Hvad angår den tilføjelse, som var foreslået med henblik på at præcisere, at overenskomsten omfattede andre tilfælde af ugyldighed end manglende fastsættelse af priser og mængder, har Brasserie nationale gjort gældende, at det forhold, at denne tilføjelse ikke formelt blev medtaget, netop viser, at den ikke var blevet accepteret af parterne.

- 50 Hvad angår den anden grund har sagsøgerne gjort gældende, at et bryggeri, som med et udskænkingssted havde indgået en ny kontrakt indeholdende en »ølklausul«, risikerede at blive retsforfulgt af et andet bryggeri for medvirken til overtrædelse af de forpligtelser, der påhvilede dette udskænkingssted. Sagsøgerne er af den opfattelse, at denne risiko — selv om den var marginal, så længe den ovennævnte retspraksis vedrørende ugyldighed var gældende — kunne give anledning til en lang og omkostningskrævende procedure. Omvendt har sagsøgerne anført, at også selv om denne medvirken i marginaltilfælde kunne udgøre grundlaget for en sag for det bryggeri, som havde været udsat for udskænkingsstedets manglende loyalitet, ville effektiviteten af et sådant retsmiddel afhænge af en tilsvarende procedure.
- 51 Hvad angår den tredje grund har sagsøgerne gjort gældende, at bryggerierne ikke rådede over et effektivt retsmiddel til at sikre overholdelsen af eksklusivaftalerne. Et ønske om at råde bod på manglerne i den nationale ret er en klassisk begrundelse for at vende sig mod de privatretlige bestemmelser. Spørgsmålet om, hvorvidt overenskomsten var i strid med ufravigelige retsprincipper, henhører under de luxembourgske domstoles enekompetence, hvorfor den må anses for lovlig.
- 52 Dernæst har sagsøgerne gjort gældende, at de ikke har begrænset deres handlefrihed, men tværtimod udøvet denne frihed med henblik på at sikre overholdelsen af de indgåede aftaler. Hvis overenskomsten har haft en konkurrencebegrænsende virkning, der kan udskilles fra den virkning, der var forbundet med »ølklausulerne«, har dette været begrundet i nødvendigheden af at fastholde forretningspartnernes loyalitet. Brasserie nationale har i den henseende påberåbt sig Domstolens dom af 20. februar 1979, Rewe-Zentral, kaldet »Cassis de Dijon« (sag 120/78, Sml. s. 649), og af 19. februar 2002, Wouters m.fl. (sag C-309/99, Sml. I, s. 1577). Ifølge sagsøgerne kan den bestående luxembourgske retsstilling ikke være en »grænse«, der fastsætter niveauet for den garanti, de kunne anvende for at sikre forretningspartnernes loyalitet. De har i øvrigt bestræbt sig på at fastslå, at artikel 5, litra c), i reglerne for god patentagentskik fra instituttet for personer, der kan optræde som anerkendte fuldmægtige for Den Europæiske Patentmyndighed (Instituttet for Anerkendte Fuldmægtige, herefter »IAF«), kan anvendes analogt, og at Kommissionen i den beslutning, som blev efterprøvet i Rettens dom af 28. marts 2001, Institut des mandataires agréés mod Kommissionen (sag T-144/99, Sml. II, s. 1087, præmis 89-90), har erkendt, at denne bestemmelse ikke er til hinder herfor. Ifølge sagsøgerne forbød overenskomsten dem kun at indgå aftaler med et udskænkingssted, der allerede var bundet til en konkurrent ved en kontrakt indeholdende en »ølklausul«, men indebar intet forbud, når det forretningsmæssige forhold var bragt til ophør.

- 53 Sagsøgerne har endvidere bestridt, at overenskomsten skulle have beskyttet »ineffektive relationer mellem bryggeri og udskænkingssted« (betragtning 57 til beslutningen). Begreberne gyldighed og retsvirkning over for tredjemand i overenskomstens artikel 2 omfatter kun mangler, der påvirker kontrakten på tidspunktet for dens indgåelse, og overenskomsten har ikke haft til formål eller til følge at forbyde ophævelse i tilfælde af bryggeriets alvorlige misligholdelse heraf over for udskænkingsstedet.
- 54 Hvad angår argumentet om, at overenskomsten var mere restriktiv end »ølklausulerne«, idet dens artikel 4 forbød »ethvert ølsalg« til et udskænkingssted, der var bundet til en af parterne (betragtning 56 til beslutningen), har sagsøgerne gjort gældende, at overenskomsten kun fandt anvendelse på »pilsnerøl«. Brasserie nationale har anført, at ølbegrebet for et luxembourgsk bryggeri kun omfatter denne ølsort, idet selskabet har tilføjet, at det først var længe efter indgåelsen af overenskomsten, at Mousel og Diekirch påbegyndte salg af andre ølsorter. Wiltz og Battin har gjort gældende, at artikel 4 alene kunne have til formål at hindre parterne i at levere de øl, som de fremstillede eller solgte. Dette var udelukkende »pilsnerøl«.
- 55 Endelig har Brasserie nationale gjort gældende, at den ordning for udveksling af oplysninger, der var fastsat i overenskomsten, ikke havde nogen forbindelse til den ordning, der var genstand for dommene af 27. oktober 1994, Fiatagri og New Holland Ford mod Kommissionen (sag T-34/92, Sml. II, s. 905) og Deere mod Kommissionen (sag T-35/92, Sml. II, s. 957), der er de eneste afgørelser, hvor Retten har sanktioneret udveksling af oplysninger, der ikke vedrørte priser, og som ikke udgjorde grundlaget for en anden konkurrencebegrænsende ordning.
- 56 Kommissionen har anført, at dette led af det første anbringende er uholdbart.

— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at forhindre udenlandske bryggeriers indtrængen i den luxembourgiske Horeca-sektor (fjerde led af det første anbringende)

- 57 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt har vurderet, at overenskomsten havde til formål at forhindre udenlandske bryggeriers indtrængen i den luxembourgiske Horeca-sektor.
- 58 Ifølge sagsøgerne havde overenskomsten nemlig blot til hensigt at modvirke udenlandske bryggeriers tilsidesættelse af »ølklausuler«, samtidig med, at der fortsat var mulighed for, at de luxembourgiske bryggerier kunne imødekomme et tilbud fra et udskænkingssted, der havde til hensigt at indgå en aftale med et udenlandsk bryggeri. Overenskomsten var i øvrigt begrundet i de særlige luxembourgiske forhold, navnlig i den betydelige styrkeforskel mellem de luxembourgiske og de udenlandske bryggerier, samt i den ekstraordinære situation, der var opstået som følge af udskænkingsstedernes manglende loyalitet. Brasserie nationale har tilføjet, at da Kommissionen ikke har anfægtet »ølklausulerne«, kan den heller ikke indirekte gøre indsigelser mod dem. Overenskomsten har i øvrigt ikke hindret de udenlandske bryggerier i at indgå aftaler. Endelig kan den kompensationsmekanisme, der er fastsat i hensigtserklæringen vedrørende de udenlandske bryggerier, ikke give anledning til nogen særlig kritik.
- 59 Hvad angår hensigtserklæringen vedrørende Battin har Brasserie nationale gjort gældende, at det første afsnit heri netop tilskynder til udenlandske øls indtrængen på det luxembourgiske marked. Udtrykket »balance«, der er anvendt i andet afsnit, er blot udtryk for et ønske om at bevare mulighederne for det nationale udbud, når et udskænkingssted er åbent for konkurrence.
- 60 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at overenskomstens artikel 11 aldrig er blevet gennemført. Brasserie nationale har tilføjet, at den ikke har haft nogen

afskrækkende virkning, og at dette heller ikke var hensigten. Wiltz og Battin har tilføjet, at artikel 11 kun er en accessorisk bestemmelse, hvilket Kommissionen også har erkendt i betragtning 72 til beslutningen. Muligheden for opsigelse i hensigtserklæringen vedrørende Battin er således ikke i sig selv en yderligere restriktion.

- 61 Hvad angår udtalelsen fra direktøren for FLB, jf. betragtning 68 til beslutningen, har sagsøgerne gentaget argumentet om, at dennes autoritet er tvivlsom. Brasserie nationale har tilføjet, at udtalelsen kun er udtryk for direktørens egen og ikke for Brasserie nationales opfattelse.
- 62 Endelig har Brasserie nationale gjort gældende, at beslutningens begrundelse er selvmodsigende, idet parterne kritiseres for at nægte udenlandske bryggerier fordele, som dernæst findes ulovlige i forholdet mellem nationale bryggerier.
- 63 Kommissionen har anført, at dette led af det første anbringende er uholdbart.

— Utilstrækkelig hensyntagen til den sammenhæng, som overenskomsten indgik i, ved vurderingen af dens formål (første led af det første anbringende)

- 64 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den ikke i tilstrækkelig grad har taget hensyn til den sammenhæng, hvori overenskomsten indgik, da den tog stilling til dennes formål. Denne fejl begrundes en annullation af beslutningen, navnlig fordi den har givet anledning til grove fejltolkninger af overenskomsten.

- 65 Sagsøgerne har gjort gældende, at selv om det er overflødigt at føre bevis for virkningerne af en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, må der foretages en undersøgelse af dens sammenhæng for at finde det konkurrencebegrænsende formål (Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 23-25). Brasserie nationale har desuden påberåbt sig Domstolens domme af 30. juni 1966, Société technique minière (sag 56/65, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337, på s. 359 og 360), af 28. marts 1984, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen (forenede sager 29/83 og 30/83, Sml. s. 1679, præmis 26), og dommen i sagen Wouters m.fl., præmis 97, samt Rettens domme af 12. juli 2001, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen (forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Sml. II, s. 2035, præmis 44-53), og af 18. september 2001, M6 m.fl. mod Kommissionen (sag T-112/99, Sml. II, s. 2459, præmis 76).
- 66 Ifølge sagsøgerne har den konkrete sammenhæng, hvori overenskomsten har haft virkninger, med en enkelt undtagelse ikke været inddraget i bedømmelsen af dens formål. Med hensyn til denne konkrete sammenhæng har sagsøgerne påberåbt sig den berørte sektors levedygtighed udtrykt i markedsandele, hvilke markedsandele udviser betydelige udsving alt efter, hvilket bryggeri der er tale om, samt denne sektors åbenhed for import, som er enestående inden for Fællesskabet. De har således gjort gældende, at mere end 33% af det øl, der sælges i Luxembourg, er importeret, og har fremhævet tilstedeværelsen af store producenter ved grænserne. Brasserie nationale har i øvrigt gjort gældende, at der findes et betydeligt antal udskænkingssteder, der ikke er bundet til parterne, og som potentielt udgør et egnet område for yderligere konkurrence mellem de luxembourgske og udenlandske bryggerier. Bryggeriet tilføjede under retsmødet, at disse udskænkingssteder var bundet til udenlandske bryggerier gennem eksklusivitetsklausuler.
- 67 Intet af det, der er anført i betragtning 59-63 til beslutningen til støtte for Kommissionens bedømmelse af overenskomstens formål, indeholder en beskrivelse af den økonomiske sammenhæng, den indgår i, ikke engang ved en henvisning til betragtning 74-76. De sidstnævnte betragtninger har angiveligt til formål at redegøre for konkurrencebegrænsningens mærkbarhed, hvilket er en del af argumentationen, der adskiller sig fra den del, der består i at fastslå, at overenskomsten har et konkurrencebegrænsende formål.
- 68 Det forholder sig på samme måde for så vidt angår konstateringen af, at der foreligger en konkurrencebegrænsning over for de udenlandske bryggerier (betragtning 67-73 til beslutningen).



- 69 Kommissionen har anført, at dette led af det første anbringende er uholdbart.

### Rettens bemærkninger

— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at fastholde kundekredse (tredje led af det første anbringende)

- 70 Først skal der foretages en undersøgelse af de af sagsøgernes argumenter, hvori de anfægter en række af de faktiske oplysninger, som Kommissionen i beslutningen har lagt til grund for at fastslå, at overenskomsten havde til formål at fastholde kundekredse.
- 71 Hvad for det første angår indsigelsen mod den betragtning, at overenskomsten forbød al salg af øl til et udskænkingssted, der var bundet til en af parterne (betragtning 56 til beslutningen), bemærkes, at overenskomstens artikel 4 udtrykkeligt omfatter »ethvert salg af øl«. På grundlag af dette klare ordvalg kan argumentet ikke tages til følge, idet det ikke har støtte i de faktiske forhold.
- 72 For det andet bemærkes, at det forholder sig på samme måde for så vidt angår påstanden om, at begreberne gyldighed og retsvirkning over for tredjemand i overenskomstens artikel 2 kun omhandler de mangler, der påvirkede kontrakten på tidspunktet for dens indgåelse. En sådan begrænsning er nemlig ikke fastsat i artikel 2, og påstanden har ikke støtte i de faktiske forhold.

- 73 For det tredje skal det hvad angår argumentet om, at ordningen for udveksling af oplysninger i overenskomstens artikel 5 gør det muligt at afgrænse dens rækkevidde til nedskrevne »ølklausuler«, blot bemærkes, at dette argument, som anført af Kommissionen, afkræftes af den omstændighed, at overenskomsten fandt anvendelse i sin helhed, selv hvor der ikke forelå en »ølklausul«, hvilket der vil blive nærmere redegjort for nedenfor i forbindelse med gennemgangen af andet led af dette anbringende.
- 74 For det fjerde har sagsøgerne anfægtet den omstændighed, at der i betragtning 60 til beslutningen er taget hensyn til aftaler, der gik forud for overenskomsten.
- 75 I den forbindelse skal det først bemærkes, at aftalerne fra 1980 og 1981 ikke er omtalt i beslutningen. Følgelig er argumentet om, at disse adskiller sig fra aftalerne fra 1975 og 1983, uden relevans. Herefter bemærkes, at Kommissionen kun har lagt aftalerne fra 1966, 1975 og 1983 til grund for at konkludere, at fortolkningen af overenskomsten ikke helt kunne adskilles fra disse sidstnævnte aftaler, og at de kunne give anledning til tvivl om den begrundelse vedrørende manglende retssikkerhed, som parterne havde anført med henblik på retfærdiggørelse af overenskomsten. I relation til denne konklusion er Brasserie nationales anbringender vedrørende de sidstnævnte aftaler uden relevans.
- 76 Endelig har sagsøgerne anfægtet, at den bemærkning vedrørende overenskomstens protektionistiske ånd, som direktøren for FBL havde fremsat, og som er gengivet i betragtning 63 til beslutningen (jf. præmis 38 ovenfor), er blevet taget i betragtning.
- 77 I den forbindelse bemærkes, at direktøren, som anført af Kommissionen, deltog i forhandlingerne om og derfor er et førstehandsvidne til overenskomsten. Der er således f.eks. enighed om, at han fremkom med den omhandlede bemærkning under et mæglingsmøde mellem to af parterne. I øvrigt gav artikel 5 mulighed for, at en af

parterne kunne anmode en anden part om at få tilstillet en kopi af en anmodning om oplysninger fremsendt til den anden part i henhold til denne bestemmelse. På denne baggrund havde parterne tildelt direktøren rollen som mægler.

78 Hvad endvidere angår påstanden om, at denne bemærkning var forfejlet, for så vidt som overenskomsten ikke vedrørte import eller eksport, bemærkes, at sagsøgerne — i betragtning af hensigtserklæringerne vedrørende Battin og de udenlandske bryggerier — ikke med føje kan påstå, at overenskomsten ikke vedrører import eller eksport. For så vidt angår Bilger-dommen, som er blevet påberåbt til støtte for denne opfattelse, bemærkes, at denne dom er irrelevant, idet den vedrørte en vertikal aftale, mens overenskomsten har horisontal karakter.

79 Heraf følger, at det ikke er lykkedes sagsøgerne at afkræfte nogen af de faktiske oplysninger, som Kommissionen i beslutningen har lagt til grund til støtte for konklusionen om, at overenskomstens formål var at fastholde kundekredse.

80 Dernæst skal de øvrige argumenter, som sagsøgerne har gjort gældende til støtte for dette led af det første anbringende, undersøges.

81 Hvad angår de tre ovenfor i præmis 47-51 omtalte grunde til, at overenskomsten blev indgået, bemærkes, at selv om disse anses for godtgjort, retfærdiggør de ikke en aftale med et konkurrencebegrænsende formål. Det kan nemlig ikke accepteres, at virksomheder forsøger at afbøde virkningen af retsregler, som de betragter som urimeligt ugunstige, ved at indgå aftaler med det formål at afbøde disse ulemper, under påskud af, at disse regler indebærer skævheder til skade for dem (jf. i samme retning Rettens dom af 21.2.1995, sag T-29/92, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 289, præmis 256, som omhandler anvendelsen af artikel 81, stk. 3, EF, og Domstolens dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P,

C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 487, vedrørende en krise på markedet). Det bør tilføjes, at ikke alene sagsøgerne, men samtlige erhvervsdrivende stod over for de vanskeligheder, som overenskomsten angiveligt skulle afbøde.

82 I øvrigt bemærkes, at det — som anført af Kommissionen, og som der vil blive nærmere redegjort for i forbindelse med gennemgangen af det andet led i dette anbringende — fremgår af sagens akter, at overenskomsten skulle finde anvendelse selv i mangel af en »ølklausul«, og at dens formål ikke blot var at løse de tre problemer, som sagsøgerne har nævnt, og som er gengivet i præmis 47-51 ovenfor.

83 For det tilfælde, at sagsøgernes argumenter, således som de blev præciseret under retsmødet, skal forstås således, at formålet med overenskomsten var med baggrund i de tre nævnte problemer at genoprette en retsstilling, der var i overensstemmelse med forordning nr. 1984/83, bemærkes, at forbuddet i overenskomstens artikel 4 går langt ud over det, der er tilladt i medfør af forordningens artikel 7, stk. 1. Forordningen giver kun adgang til visse vertikale begrænsninger af konkurrencen mellem forhandler og leverandør (jf. navnlig artikel 1 og 6), og overenskomsten er en horisontal aftale. I alle tilfælde har sagsøgerne end ikke forsøgt at påvise, at det med henblik på at løse de påståede vertikale problemer var uomgængelig nødvendigt at indgå en horisontal aftale.

84 Dernæst har sagsøgerne gjort gældende, at det eneste formål med overenskomsten var at sikre overholdelsen af den eksklusivitet, der var indgået aftale om mellem udskænkingssted og bryggeri. I øvrigt var overenskomsten begrundet i nødvendigheden af at fastholde forretningspartnersnes loyalitet.

- 85 I den forbindelse bemærkes, at selv hvis disse omstændigheder antages bevist, afkræftes konklusionen om, at overenskomsten havde til formål at begrænse konkurrencen inden for det fælles marked, ikke af, at overenskomsten angiveligt tillige forfulgte et legitimt formål (jf. i samme retning dommen i sagen IAZ m.fl. mod Kommissionen, præmis 25). Delimitis-dommen kan ikke med held påberåbes af sagsøgerne, da denne dom blev afsagt i en sag, der omhandlede vertikale relationer, mens det foreliggende tilfælde vedrører en horisontal aftale. I øvrigt må Brasserie nationales henvisning til Cassis de Dijon-dommen og dommen i sagen Wouters m.fl. forkastes. Hvis det godtgøres, at en aftales formål i sig selv udgør en konkurrencebegrænsning, som f.eks. opdeling af kundekredse, kan aftalen ikke undtages fra reglerne i artikel 81, stk. 1, EF, jf. princippet om rule of reason, fordi den tillige forfølger andre formål, som f.eks. de formål, der var omhandlet i disse domme.
- 86 For så vidt angår argumentet vedrørende dommen i sagen Institut des mandataires agréés mod Kommissionen skal det for det første bemærkes, at artikel 5, litra c), i IAF's regler for god patentagentskik kun indebar et forbud mod uopfordret at tilbyde tjenester i sager, der var under behandling hos en anden fuldmægtig (præmis 89). Et sådant forbud kan slet ikke sammenlignes med dem, der er fastsat i overenskomsten. I den nævnte sag omfattede forbuddet nemlig kun opsøgende salgsarbejde, mens overenskomsten bl.a. forbød parterne at imødekomme anmodninger om indgåelse af aftaler. For det andet bemærkes, at det førstnævnte forbud var begrundet i en faglig moralkodeks, til forskel fra overenskomsten, der tilsigter en opdeling af kundekredse. Dette argument skal derfor forkastes.
- 87 Endelig har sagsøgerne bestridt, at de af overenskomsten flydende fordele skulle være forbeholdt nationale bryggerier (betragtning 62 til beslutningen). Det bemærkes i den forbindelse, at denne indsigelse ikke er tilstrækkeligt begrundet. Selv om sagsøgerne har hævdet, at overenskomsten var åben for alle bryggerier, der var etableret i Luxembourg, må det fastslås, at ikke et eneste udenlandsk bryggeri har underskrevet denne. Argumentet om, at to luxembourgske bryggerier ikke blev udelukket fra overenskomsten, efter at de blev overtaget af et udenlandsk bryggeri, viser ikke, at de udenlandske bryggerier selv kunne deltage i overenskomsten.

Tværtimod fremgår det af artikel 11, hvorefter en part i overenskomsten i tilfælde af overtagelse af et udenlandsk selskab eller i tilfælde af samarbejde med et udenlandsk bryggeri kunne udelukkes, at overenskomsten skulle forbeholdes de nationale bryggerier og kun disse. Det ændrer ikke herpå, at bestemmelsen aldrig blev gennemført.

- 88 På baggrund af det ovenstående kan ingen af de argumenter, der er fremført til støtte for tredje led af det første anbringende, tages til følge. Dette led bør derfor forkastes.

— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at forhindre indtrængen i den luxembourgiske Horeca-sektor (fjerde led af det første anbringende)

- 89 Det må fastslås, at parterne med hensigtserklæringen vedrørende udenlandske bryggerier har forbeholdt hinanden prioritet med hensyn til opsøgende salgsarbejde og indgåelse af leveringsaftaler med et udskænkingssted, der var bundet til en af parterne, men påtænkte at indgå kontrakt med et udenlandsk bryggeri. Hensigtserklæringen vedrørende Battin gav mulighed for at opsiges overenskomsten over for dette selskab i tilfælde af ændring af vilkårene for dets distribution af visse udenlandske øl. Endelig bestemte overenskomstens artikel 11, at denne kunne opsiges ved et udenlandsk selskabs overtagelse eller ved samarbejde med et udenlandsk bryggeri.

- 90 Hertil kommer, som Kommissionen med rette har bemærket, at den ordning, der blev indført med hensigtserklæringen vedrørende udenlandske bryggerier, kun omfattede udenlandske bryggerier, der ønskede at levere til et luxembourgsk

udskærkningssted, men ikke beskyttede et udenlandsk bryggeri, hvis luxembourgiske udskærkningssted påtænkte at lade sig forsyne af et luxembourgsk bryggeri.

91 Under disse omstændigheder må det fastslås, at Kommissionen ikke har begået en retlig fejl ved vurderingen af, at overenskomstens formål var at forhindre udenlandske bryggeriers indtrængen i den luxembourgiske Horeca-sektor.

92 Ingen af sagsøgernes argumenter kan svække denne konklusion.

93 Hvad for det første angår argumentet om, at overenskomsten kun tilsigtede at hindre tilsidesættelsen af »ølklausuler« på grund af udenlandske bryggerier, skal det indledningsvis bemærkes, at dette ikke har støtte i de faktiske omstændigheder, idet overenskomsten, som der vil blive redegjort for i forbindelse med andet led af dette anbringende, fandt anvendelse, selv hvor der ikke forelå en »ølklausul«.

94 I øvrigt bør det — som i forbindelse med forkastelsen af tredje led af dette anbringende — understreges, at selv hvis det antages, at den omstændighed, som sagsøgerne har gjort gældende, er korrekt, kan dette som netop fastslået ikke retfærdiggøre overenskomstens konkurrencebegrænsende formål.

95 Endelig bemærkes, at sagsøgerne — ved at gøre gældende, at overenskomsten skulle fastholde muligheden for, at et luxembourgsk bryggeri kunne imødekomme et tilbud fra et udskærkningssted, der påtænkte at indgå aftale med et udenlandsk bryggeri — selv har erkendt, at overenskomstens formål var konkurrencebegrænsende. Ved at opretholde denne mulighed indebar overenskomsten nemlig pr. definition en ændring af konkurrencevilkårene til skade for det pågældende udenlandske bryggeri.

- 96 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at overenskomsten var begrundet i de særlige luxembourgske forhold samt i den ekstraordinære situation, der var opstået som følge af udskænkingsstedernes manglende loyalitet. I øvrigt har de gjort gældende, at overenskomstens artikel 11 aldrig blev gennemført. Brasserie nationale har tilføjet, at overenskomsten ikke har forhindret de udenlandske bryggerier i at indgå kontrakter.
- 97 Med hensyn til alle disse argumenter skal det gentages, at selv hvis de blev taget til følge, ville de ikke retfærdiggøre overenskomstens konkurrencebegrænsende formål, som fremgår af de faktiske oplysninger, Kommissionen har påberåbt sig, og som sagsøgerne ikke har bestridt. Nærmere bestemt skal det bemærkes, at påstanden om, at overenskomsten ikke har forhindret de udenlandske bryggerier i at indgå kontrakter, er irrelevant, for så vidt som overenskomsten havde til formål at begrænse konkurrencen. Det er derfor ufornuddent at undersøge, om overenskomsten tillige havde til følge at begrænse konkurrencen (jf. i samme retning Rettens dom af 6.7.2000, sag T-62/98, Volkswagen mod Kommissionen, Sml. II, s. 2707, præmis 231).
- 98 For det tredje har sagsøgerne gentaget argumentet om, at FBL's direktørs autoritet er tvivlsom. Brasserie nationale har tilføjet, at direktørens bemærkning, som er gengivet i betragtning 68 til beslutningen, kun er udtryk for direktørens egen og ikke for Brasserie nationales opfattelse.
- 99 I den forbindelse bemærkes, at den rejste tvivl for så vidt angår FBL's direktørs autoritet bør forkastes af de samme årsager som dem, der førte til forkastelse af det foregående led af dette anbringende. Desuden blev den omhandlede bemærkning, som også anført i betragtning 68 til beslutningen, fremsat under et mæglingssmøde vedrørende anvendelsen af overenskomsten. Følgelig skal der tages hensyn hertil ved den retlige vurdering af overenskomsten. Kommissionen har i forbindelse hermed på ingen måde anset den nævnte bemærkning for udtryk for Brasserie nationales opfattelse.



- 100 For det fjerde har Brasserie nationale for så vidt angår hensigtserklæringen vedrørende Battin anført, at det første afsnit heri netop tilskynder til udenlandske øls indtrængen på det luxembourgiske marked. Udtrykket »balance«, der er anvendt i andet afsnit, er blot udtryk for et ønske om at bevare mulighederne for det nationale udbud, når et udskænkingssted er åbent for konkurrence.
- 101 I den forbindelse bemærkes blot, at selv om denne hensigtserklæring faktisk tillod Battin at sælge visse udenlandske øl, medførte den ikke desto mindre en væsentlig begrænsning af selskabets handlefrihed og dermed en begrænsning af konkurrencen.
- 102 Endelig har Brasserie nationale gjort gældende, at beslutningens begrundelse er selvmodsigende, idet det bliver foreholdt parterne, at de har nægtet udenlandske bryggerier fordele, der dernæst findes ulovlige i forholdet mellem de nationale bryggerier.
- 103 I den forbindelse bemærkes, at selv om en udvidelse af den garanti, som »ølklausulerne« indebar, til at omfatte udenlandske bryggerier, eventuelt ville øge garantiens restriktive karakter, gjorde overenskomstens artikel 11 og hensigtserklæringen vedrørende Battin det ikke desto mindre muligt at udelukke udenlandske bryggerier fra garantiens — om end ulovlige — »fordele« i form af beskyttelse af kundekredse, og dermed at forhindre deres indtrængen i den luxembourgiske Horaca-sektor.
- 104 På denne baggrund bør fjerde led af det første anbringende forkastes.

— Den utilstrækkelige hensyntagen til den sammenhæng, overenskomsten indgik i, ved vurderingen af dens formål (første led af det første anbringende)

- 105 Det bemærkes, at det i betragtning 47 til beslutningen, under overskriften »Konkurrencebegrænsende formål«, er anført, at overenskomstens formål for det første var at fastholde parternes respektive kunder inden for den luxembourgske Horeca-sektor, og for det andet at forhindre udenlandske bryggerier i at trænge ind på dette marked. I samme betragtning henvises der for så vidt angår det første formål til betragtning 48-66, og for så vidt angår det andet til betragtning 67-73 til beslutningen.
- 106 Det følger således af beslutningens opbygning, at i modsætning til det, som ligger til grund for sagsøgenes argumenter, er fastlæggelsen af overenskomstens formål ikke begrænset til betragtning 59-62, men følger af betragtning 47-73 samlet set.
- 107 En simpel gennemlæsning af de sidstnævnte betragtninger afslører, at sagsøgerne ikke med føje kan hævde, at der ikke er taget hensyn til den sammenhæng, overenskomsten indgik i, ved vurderingen af dens formål. I den forbindelse henvises der til sammenfatningen af betragtning 48-73 til beslutningen i præmis 30-40 ovenfor.
- 108 Det skal i øvrigt bemærkes, at de baggrundselementer, som Kommissionen efter sagsøgenes overbevisning ikke i tilstrækkelig grad har taget i betragtning ved vurderingen af overenskomstens formål, er henholdsvis den berørte sektors levedygtighed udtrykt i markedsandele, sektorens enestående åbenhed for import samt tilstedeværelsen af et betydeligt antal udskænkingssteder, der ikke er bundet til parterne. Disse baggrundselementer vedrører dog ikke spørgsmålet om, hvad der var overenskomstens formål, men derimod spørgsmålet om, hvilke virkninger den har haft. Det følger af retspraksis, at Kommissionen er fritaget for at undersøge

virkningerne af en aftale med et konkurrencebegrænsende formål (jf. i samme retning dommen i sagen Volkswagen mod Kommissionen, præmis 231). Dette anfægtes i øvrigt ikke af sagsøgerne, der erkender, at det er overflødigt at påvise virkningerne af en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.

109 Det skal tilføjes, at sagsøgernes påstande om, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad har taget hensyn til den sammenhæng, hvori overenskomsten indgik, er ugrundede. I præmis 23-25 i dommen i sagen IAZ m.fl. mod Kommissionen, som sagsøgerne har påberåbt sig, er der taget hensyn til »såvel [...] aftalens indhold [dvs. den aftale, der var omhandlet i den sag, der gav anledning til denne dom] som [...] omstændighederne omkring dens tilblivelse og gennemførelse«. Det er netop sådanne forhold, som Kommissionen har lagt til grund for at fastslå, at overenskomstens formål var konkurrencebegrænsende. I den forbindelse henvises igen til betragtning 48-73 til beslutningen.

110 Det følger heraf, at første led af det første anbringende skal forkastes.

*Andet led af det første anbringende, hvorefter Kommissionen urigtigt har fastslået, at overenskomsten fandt anvendelse i tilfælde, hvor der ikke forelå en »ølklausul«*

Den anfægtede beslutning

111 I beslutningen anføres det, at parterne ifølge referatet af FBL's møde den 7. oktober 1986, som ændret ved referatet af FBL's møde den 2. december 1986, var blevet enige om en bredere fortolkning af begrebet »ølklausul« end den, der fremgår af

overenskomstens artikel 2. Ifølge beslutningen blev denne fortolkning bekræftet ved en skrivelse af 23. oktober 1991 fra Wiltz til FBL (betragtning 9).

## Parternes argumenter

- 112 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen urigtigt har fastslået, at overenskomsten omfattede situationer, hvor der ikke forelå en »ølklausul«, der var gyldigt indgået og i kraft.
- 113 Sagsøgerne har anført, at selv om en aftale kan følge af et andet dokument end en formel tekst, skal det endvidere undersøges, om der er tale om det »nøjagtige udtryk for [parternes] fælles vilje« (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 110-114, og af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 86). En sådan vilje foreligger imidlertid ikke her. Sagsøgerne har således indledningsvis bemærket, at det fremgår af referatet af FBL's møde den 7. oktober 1986, som er nævnt i betragtning 9 til beslutningen, at »[d]e tre dokumenter, der var blevet stillet i bero [...] [blev] godkendt og vil[le] blive underskrevet på det næste møde«, hvilket følges op i referatet af FBL's møde den 2. december 1986, der også er omtalt i betragtning 9 til beslutningen, og hvoraf det fremgår, at »[parterne] underskrev herefter [de nævnte dokumenter]«. Ifølge sagsøgerne udgør en sådan underskrift derfor en formalitet, uden hvilken parternes fælles vilje ikke kan påvises. De har påpeget, at ingen af de to mødereferater nævner en sådan underskrift for så vidt angår fortolkningen af overenskomsten, således som denne kan udledes af mødereferaterne, og dette selv om denne fortolkning ikke kan adskilles fra de tre nævnte dokumenter. I øvrigt har sagsøgerne gjort opmærksom på, at det fremgår af referatet af det nævnte møde i FBL den 2. december 1986, at den tekst, der var nævnt i punkt 2 i referatet af det forudgående møde i FBL., blev præciseret. Den sidstnævnte tekst er således hverken blevet vedtaget efter det første eller efter det andet møde. Endelig har sagsøgerne

gjort gældende, at skrivelsen af 23. oktober 1991 fra Wiltz til FBL, som er omtalt i betragtning 9 til beslutningen, bærer overskriften »Forslag«. De har tilføjet, at denne skrivelse gentager de to fortolkende sætninger fra de nævnte mødereferater i en forkortet og forbedret udgave. Ifølge sagsøgerne ville Wiltz ikke have haft nogen interesse i at fremsætte dette forslag, hvis mødereferaterne allerede indeholdt den anfægtede udvidelse.

114 Hvad angår påstanden om, at Wiltz har godkendt udvidelsen, har sagsøgerne anført, at der i den pågældende erklæring er anvendt verbalformen conditionnel (betingemåde). Hvad angår påstanden om, at Brasserie nationale har godkendt udvidelsen, har selskabet anført, at det i den omhandlede erklæring kun har redegjort for, hvoraf forslaget om en sådan udvidelse udsprang, og at ordene »det accepterede [at] underskrive« og »[det] så ingen hindring for at underskrive« kun er udtryk for, at selskabet accepterede at underskrive på et senere tidspunkt.

115 Brasserie nationale har tillige under henvisning til den skriftveksling, som fremgår af sagens akter, anført, at der aldrig er opstået nogen tvister mellem parterne som følge af, at der ikke var underskrevet nogen kontrakt.

116 Endelig har Brasserie nationale gjort gældende, at Kommissionen selv har indrømmet, at overenskomsten ikke fandt anvendelse, hvis der ikke forelå en »ølklausul«, for så vidt som det i betragtning 92 til beslutningen er anført, at »[o]vertrædelsens omfang [var] begrænset til [...] de udskænkingssteder, der [var] knyttet til parterne gennem en eksklusiv købsklausul«.

117 Kommissionen har anført, at dette led af det første anbringende er uholdbart.

## Rettens bemærkninger

- 118 Ifølge fast retspraksis er det tilstrækkeligt, for at der foreligger en aftale som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, at de pågældende virksomheder har udtrykt deres fælles vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde (jf. i samme retning dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 112, og i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, præmis 86, samt Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 256, og af 26.10.2000, sag T-41/96, Bayer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3383, præmis 67). For så vidt angår den måde, hvorpå denne fælles vilje kommer til udtryk, er det tilstrækkeligt, at en bestemmelse er udtryk for parternes vilje til at indrette deres adfærd på markedet efter den pågældende bestemmelse (jf. i samme retning dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 112, i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, præmis 86, og i sagen Bayer mod Kommissionen, præmis 68).
- 119 Heraf følger, at aftalebegrebet i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, som dette fortolkes i retspraksis, forudsætter, at mindst to parter har en samstemmende vilje, hvorved det ikke er afgørende, i hvilken form denne manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje (dommen i sagen Bayer mod Kommissionen, præmis 69).
- 120 I det foreliggende tilfælde skal det indledningsvis fastslås, at referatet af FBL's møde den 7. oktober 1986 har følgende ordlyd:

»2) Ølklausul

De tre dokumenter, der var blevet stillet i bero [...] er godkendt og vil blive underskrevet på det næste møde.

Der er i øvrigt enighed om at sidestille »ølklausul« med:

- en transaktion, der går ud på at indgå et lejemål og yde økonomisk bidrag til at udstyre et udskænkingssted, uden at der udtrykkelig nævnes en »ølklausul«
- et bryggeris overtagelse af en bevilling, med indskudskapital, uden at der udtrykkelig nævnes en »ølklausul«.

Disse to fortolkninger indgår som en del af de gældende bestemmelser på dette område.«

<sup>121</sup> Referatet af FBL's møde den 2. december 1986 er affattet således (i den oprindelige version):

»1) I referatet af mødet den 7. oktober 1986 foretages følgende ændringer:

[...] Punkt 2) — første led

- en transaktion, der går ud på at indgå et lejemål og yde økonomisk bidrag til at udstyre et udskænkingssted, uden at der udtrykkelig nævnes en »ølklausul«, f.eks. når bryggeri X lejer en bygning og bidrager økonomisk til at udstyre bygningen ifølge dennes formål, men ikke indgår eller ikke opnår at indgå en aftale, der forpligter ejeren.

## Andet led

affattes således:

— et bryggeris overtagelse af en bevilling, uden at der udtrykkeligt nævnes en »ølklausul«.

2) Bryggerierne underskriver [de tre dokumenter, der er omhandlet i punkt 2) i referatet af mødet den 7. oktober 1986].

Samtlige bryggerier har modtaget en kopi af disse underskrevne dokumenter, hvis originale version forbliver hos [FBL]. Dokumenterne er fortrolige.«

122 Skrivelsen af 23. oktober 1991 fra Wiltz til FBL har følgende ordlyd:

»Forslag:

I forbindelse med overenskomstens artikel 2 er bryggerierne blevet enige om at sidestille »ølklausul« med:

— en transaktion, der består i indgåelse af et lejemål



— et bryggeris tilrådighedsstillelse af en udskækningsbevilling uanset grundlaget herfor.«

123 Det bør derfor undersøges, om Kommissionen, på baggrund af de oplysninger, som sagsøgerne har afgivet, har godtgjort, at parterne havde en fælles vilje til at anvende overenskomsten, selv i tilfælde, hvor der ikke forelå en »ølklausul«, der var gyldigt indgået og i kraft.

124 Det må konstateres, at det af referatet af FBL's møde den 7. oktober 1986 udtrykkeligt fremgår, at den udvidelse af overenskomstens anvendelsesområde, der er nævnt heri, var »aftalt« og »[indgik] som en del af de gældende [aftaler] på dette område«. Hverken dette mødereferat eller referatet af FBL's møde den 2. december 1986 nævner nogen formalisering af overenskomsten. På denne baggrund er den omstændighed, at det i det første mødereferat tillige er anført, at visse dokumenter »er godkendt og vil blive underskrevet«, uden betydning. Heller ikke den omstændighed, at det andet mødereferat indeholder (i øvrigt forholdsvis ubetydelige) ændringer af ordlyden af det første referat, kan ændre på, at der var indgået en aftale mellem parterne om netop den ændrede tekst.

125 Herudover fremgår det af betragtning 29 til beslutningen, at såvel Brasserie nationale som Wiltz har erkendt, at overenskomsten også fandt anvendelse på visse relationer mellem bryggerier og udskækningssteder, hvor der overhovedet ikke forelå nogen leveringsaftale eller »ølklausul«.

126 Brasserie nationale har således i sit svar på spørgsmål, stillet af Kommissionen efter høringsen, vedrørende det tilfælde, hvor der var indgået et lejemål og ydet finansiering af et bryggeri, men ikke forelå nogen aftale indeholdende en »ølklausul«, erklæret følgende:

»I et sådant tilfælde følger det af teksterne fra 1986 [dvs. de to ovennævnte mødereferater], at der også anses for at være en »ølklausul« i overenskomstens forstand. Det må indrømmes, at denne klausul umiddelbart er overraskende, da intet bryggeri vil foretage en investering uden at have en aftale [...] Denne opsigtsvækkende klausul har dog aldrig [...] været anvendt. Det, der rent faktisk skulle have været omfattet, var den besynderlige hypotese, der var udtænkt af [...]. Dennes arbejdshypotese var afgjort besynderlig, men da [Brasserie nationale] ingeniører havde de intentioner, selskabet blev tillagt, accepterede det at underskrive den omhandlede tekst [...]. [Brasserie nationale] så ingen hindring for at underskrive, da selskabet ikke havde til hensigt at udvise den adfærd, der var omfattet af den omhandlede klausul [...]«

- 127 Wiltz erklærede for sit vedkommende følgende i sit svar på meddelelsen af klagepunkter:

»[Overenskomsten] vil strengt taget kunne betragtes således på grundlag af den fortolkning af begrebet »ølklausul«, som parterne blev enige om på [FBL's møder] den 7. oktober og den 2. december 1986, men også i det tilfælde var det eneste og lovlige formål at sikre oplysninger til at undgå usikkerhed om retsstillingen i tilfælde af væsentlige investeringer.«

- 128 I den forbindelse bemærkes, at sagsøgerens argument, hvorefter Wiltz i den i forudgående præmis gengivne erklæring har udtrykt sig i verbalformen conditionnel, må forkastes. I samme erklæring har Wiltz nemlig udtrykkeligt henvist til »den fortolkning af begrebet »ølklausul«, som parterne blev enige om«.

129 Brasserie nationale har yderligere gjort gældende, at selskabet i den i præmis 126 gengivne erklæring kun har redegjort for, hvoraf forslaget om udvidelse af overenskomstens anvendelsesområde til tilfælde, hvor der ikke forelå nogen »ølklausul«, udsprang, og at ordvalget »det accepterede [at] underskrive« og »[det] så ingen hindring for at underskrive« kun er udtryk for, at selskabet accepterede at underskrive forslaget på et senere tidspunkt.

130 Disse argumenter må også forkastes. Under de omstændigheder, som foreligger i denne sag, kan den gengivne erklæring ikke svække konstateringen af, at Brasserie nationale samtykkede i en udvidelse af overenskomstens anvendelsesområde efter de to møder den 7. oktober og den 2. december 1986. I den forbindelse bemærkes, at når det kan godtgøres, at der foreligger en fælles vilje, er spørgsmålet om, hvem der har fremsat forslaget om at udvide overenskomstens anvendelsesområde, irrelevant (jf. i samme retning Domstolens dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 7, og Rettens dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 37).

131 I alle tilfælde, og selv hvis det antages, at Brasserie nationale ikke har accepteret en udvidelse af overenskomstens anvendelsesområde, skulle selskabet i så fald have tilkendegivet, at det tog afstand fra den nye fortolkning af »ølklausulerne« (jf. i samme retning Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 1353 og den deri nævnte retspraksis). Der er dog enighed om, at dette ikke har været tilfældet.

132 I øvrigt bemærkes, at såfremt udvidelsen af overenskomstens anvendelsesområde ikke havde været aftalt mellem parterne, ville Brasserie nationale logisk set ikke over for Kommissionen blot have påberåbt sig, at udvidelsen ikke var blevet anvendt.

- 133 Hvad angår det argument, der støttes på den ovennævnte skrivelse fra Wiltz, bemærkes, at det meget vel kan tænkes, at Wiltz ikke har fremsat det forslag, der nævnes i denne skrivelse, af den af sagsøgerne anførte grund, men derimod netop ud fra ønsket om at ændre den tekst, der fremgik af de to mødereferater. I øvrigt skal det fastslås, at Wiltz' forslag i modsætning til det af sagsøgerne hævdede ikke kun indeholder redaktionelle forbedringer. Ifølge forslaget sidestilles »en transaktion, der består i at indgå et lejemål« med en »ølklausul«, selv om det i referatet af FBL's møde den 2. december 1986 fremgår, at det er »en transaktion, der består i at indgå et lejemål og yde økonomisk bidrag til at udstyre et udskænkingssted«, der sidestilles med en sådan klausul. Denne ændring kan ikke anses for blot redaktionel.
- 134 Endelig bemærkes hvad angår argumentet om, at Kommissionen angiveligt skulle have erkendt, at overenskomsten ikke fandt anvendelse i tilfælde, hvor der ikke forelå en »ølklausul«, at selv om formuleringen af betragtning 92 til beslutningen, hvorefter »[o]vertrædelsens omfang [...] er begrænset til udskænkingsmarkedet og de udskækningssteder, der er knyttet til parterne gennem en eksklusiv købsklausul«, måske er noget uheldig, følger det af en simpel gennemlæsning af betragtning 9, sammenholdt med betragtning 48-63, og navnlig henvisningen i betragtning 50 til betragtning 9, at Kommissionen var af den opfattelse, at overenskomsten også fandt anvendelse i tilfælde, hvor der ikke forelå en »ølklausul«. Det skal i øvrigt bemærkes, at sagsøgerne med dette led af det første anbringende har bestridt denne opfattelse. De kan således ikke med føje påstå, at Kommissionen var af en anden mening.
- 135 På baggrund af det ovenstående må det fastslås, at sagsøgerne ikke har fremført noget, som kan rejse tvivl om Kommissionens konstatering af, at parterne havde en fælles vilje til at anvende overenskomsten også i tilfælde, hvor der ikke forelå nogen »ølklausul«, der var gyldigt indgået og i kraft.
- 136 Følgelig bør andet led af det første anbringende forkastes.

*Femte led af det første anbringende om overenskomstens manglende mærkbare påvirkning af konkurrencen*

Den anfægtede beslutning

- 137 I beslutningen er det anført, at overenskomsten mærkbart ville kunne begrænse konkurrencen inden for den luxembourgiske Horeca-sektor. I den forbindelse bemærkes det for det første, at parterne har begrænset overenskomstens rækkevidde til den luxembourgiske Horeca-sektor, hvilket tyder på, at de mente, at deres stilling inden for denne sektor var tilstrækkelig stærk, og at konkurrencevilkårene heri adskilte sig tilstrækkeligt fra andre sektorer og tilgrænsende lande til at sikre overenskomstens effektive virkning. For det andet er det anført, at parterne kontrollerede ca. 85% af ølsalget i den pågældende sektor, iberegnet deres egen fremstilling og salg af importeret øl, og at mere end halvdelen af de luxembourgiske udskænkingssteder var bundet til dem ved en »ølklausul« (betragtning 74-76).

Parternes argumenter

- 138 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionens konklusion, hvorefter der forelå en mærkbar begrænsning af konkurrencen, er urigtig og utilstrækkeligt begrundet. De har anført, at Kommissionen ikke har defineret det relevante marked. Dernæst har de gjort gældende, at begrænsningen af overenskomstens rækkevidde til den luxembourgiske Horeca-sektor ikke beviser noget, men blot svarer til omfanget af det af parterne identificerede problem, med henblik på hvilket de kunne samarbejde. Sagsøgerne har desuden anført, at selv om parternes andel på 85% af ølsalget kan synes betydelig, kan andelen på 40-45% af de udskænkingssteder, der er åbne for andre bryggerier, ikke anses for at være mærkbar. Den manglende håndhævelse af begrænsningen for de udenlandske bryggerier i øvrigt føre til den konklusion, at begrænsningen ikke var mærkbar.

139 Kommissionen har anført, at dette led af det første anbringende er uholdbart.

### Rettens bemærkninger

— Det påståede urigtige skøn

140 I denne forbindelse skal det blot bemærkes, at virksomheder, der indgår en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, principielt ikke kan undgå, at artikel 81, stk. 1, EF finder anvendelse, under anbringende af, at aftalen ikke kan antages at påvirke konkurrencen mærkbart (Rettens dom af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 130 og 196).

141 Da overenskomsten dels havde til formål at fastholde parternes respektive kunder inden for den luxembourgske Horeca-sektor, dels at forhindre udenlandske bryggeriers indtrængen i sektoren, gav den kun mening, hvis formålet var mærkbart at begrænse konkurrencen i denne sektor, dvs. på en måde, som parterne havde forretningsmæssig gavn af (jf. analogt hertil dommen i sagen Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, præmis 131).

## — Den påståede begrundelsesmangel

- 142 Ifølge fast retspraksis skal den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den truffe foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63).
- 143 Henset til de oplysninger, som er påberåbt i betragtning 74-76 til beslutningen, finder Retten, at Brasserie nationale fuldt ud var i stand til at fremsætte argumenter med hensyn til uretmæssigheden af Kommissionens konklusion vedrørende konkurrencebegrænsningens mærkbarhed.
- 144 Hvad endvidere angår kritikken vedrørende den manglende afgrænsning af det relevante marked skal det blot bemærkes, at det kun påhviler Kommissionen at foretage en sådan afgrænsning i en beslutning vedtaget i henhold til artikel 81 EF, såfremt det uden en sådan afgrænsning ikke er muligt at afgøre, om aftalen, vedtagelsen inden for sammenslutninger af virksomheder eller den samordnede praksis kan påvirke handelen mellem medlemsstater og har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet (Rettens dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 206). En sådan situation foreligger dog ikke i nærværende sag, hvilket navnlig fremgår af begrundelse for at forkaste tredje og fjerde led af dette anbringende.
- 145 På denne baggrund må femte led af det første anbringende forkastes.

- 146 Da alle led af det første anbringende således er blevet forkastet, forkastes dette anbringende i sin helhed, og det andet anbringende skal herefter undersøges.

*2. Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og af den begrundelsespligt, der følger af artikel 253 EF*

- 147 Det andet anbringende består af tre led, der for det første vedrører den omstændighed, at overtrædelsen ikke blev begået forsætligt, for det andet, at der er foretaget en fejlagtig vurdering af overtrædelsens grovhed og varighed, og for det tredje, at retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«) ikke er blevet anvendt for så vidt angår formildende omstændigheder. Det anbringende, der er blevet gjort gældende i sag T-49/02, består endvidere af et fjerde led om manglende begrundelse for det oprindelige grundbeløb, som Kommissionen havde fastlagt som udgangspunkt for bødeberegningen.

*Første led af det andet anbringende om, at overtrædelsen ikke blev begået forsætligt*

Den anfægtede beslutning

- 148 I beslutningen er det anført, at en overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler opfattes som forsætlig, hvis de involverede parter er klar over, at den pågældende adfærd har konkurrencebegrænsende formål eller virkning. Det er mindre væsentligt, om de herudover er sig bevidst, at de overtræder en bestemmelse i EF-traktaten. Hvad angår bestemmelserne vedrørende de udenlandske bryggerier er



Kommissionen af den opfattelse, at parterne ikke kunne være uvidende om det konkurrencebegrænsende formål. I øvrigt kunne disse bestemmelser på ingen måde retfærdiggøres. For så vidt angår den begrænsning af konkurrencen mellem parterne, der fulgte af den gensidige overholdelse af »ølklausulerne«, fandt Kommissionen det muligt, at parterne ved indgåelsen af aftalen og indtil marts 1996 kunne være blevet motiveret hertil af den usikre retsstilling, der var forårsaget af den luxembourgiske retspraksis vedrørende manglende fastsættelse af priser og mængder. Denne begrundelse forsvandt imidlertid i marts 1996, som var tidspunktet for kovendingen i retspraksis. Det fastslås herefter i beslutningen, at parterne har begået overtrædelsen forsætligt, selv om strømningerne i den luxembourgiske retspraksis i en vis periode har kunnet skabe tvivl om, hvorvidt nogle af klausulerne var ulovlige (betragtning 89 og 90).

#### Parternes argumenter

149 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen med urette har fastslået, at de har begået overtrædelsen forsætligt.

150 For så vidt angår begrænsningen vedrørende fastholdelsen af kundekredse erkendte Kommissionen for det første selv, at den luxembourgiske retspraksis kunne skabe tvivl om, hvorvidt begrænsningen var ulovlig. Sagsøgerne har gentaget anbringendet om, at denne begrundelse bestod, ikke blot indtil 1996, men indtil medio 1998, og har tilføjet, at hvis man følger Kommissionens argumentation i beslutningen, kunne overtrædelserne kun være »forsætlige« de sidste to år af overenskomstens varighed. For det andet har Kommissionen ikke definitivt bestridt, at overenskomstens eneste formål var at sikre overholdelsen af »ølklausulerne«, hvilket formål er lovligt (Delimitis-dommen).

- 151 Sagsøgerne har tillige gjort gældende, at de ikke er af en sådan størrelse, at deres ukendskab til loven ikke kan fritage dem. De har gjort opmærksom på, at selv om Brasserie de Luxembourg i betragtning 96 til beslutningen anses for en stor virksomhed, gælder dette modsætningsvis ikke nogen af de øvrige parter. I øvrigt har sagsøgerne aldrig været sig bevidst, at begrænsningen skulle have påvirket samhandelen mellem medlemsstater. Brasserie nationale har vedrørende dette sidste punkt tilføjet, at Kommissionen ikke har ført bevis for det modsatte.
- 152 Sagsøgerne har også gjort gældende, at ingen af parterne har forsøgt at opstille forhindringer for de udenlandske bryggerier. Brasserie nationale har tilføjet, at ingen af parterne har vurderet, at det formål, som bestod i at bevare muligheden for en national konkurrence, ville kunne blive anset for at være konkurrencebegrænsende. Diekirchs forbehold vedrørende overenskomstens lovlighed var blot en standardformulering i de skrivelser, der udgør de første skridt i en proces.
- 153 Hvad angår beslutningens begrundelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne havde handlet med forsæt, har Brasserie nationale gjort gældende, at argumentet om, at »parterne [ikke] kunne være uvidende om dette konkurrencebegrænsende formål« med bestemmelserne vedrørende de udenlandske bryggerier, er en cirkelslutning, der ikke udgør et bevis, samt at påstanden om, at »parterne [...] ikke på nogen måde har forsøgt at begrunde disse bestemmelser«, er ukorrekt. Disse to kritikpunkter gør det ifølge Brasserie nationale ikke muligt at slutte, at begrundelsen for beslutningen opfylder kravene om fornøden klarhed og præcision. Wiltz og Battin har gjort gældende, at begrundelsen i betragtning 89 til beslutningen ikke udgør noget bevis. Artikel 253 EF er således tilsidesat.
- 154 Kommissionen har anført, at dette led af det andet anbringende er uholdbart.

## Rettens bemærkninger

— Det påståede urigtige skøn

155 Det følger af fast retspraksis, at for at en tilsidesættelse af EF-traktatens konkurrenceregler kan anses for forsætlig, er det ikke nødvendigt, at virksomheden forsætligt har begrænset konkurrencen, men det er tilstrækkeligt, at den ikke har kunnet være uvidende om, at dens adfærd havde til formål at begrænse konkurrencen. Det har ingen betydning, om virksomheden var sig bevidst, at den tilsidesatte artikel 81 EF (dommen i sagen Miller mod Kommissionen, præmis 18, og Rettens dom af 6.4.1995, sag T-143/89, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. II, s. 917, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis).

156 Som det fremgår af forkastelsen af tredje og fjerde led af det første anbringende, har Kommissionen lovligt har kunnet fastslå, at overenskomstens formål var at fastholde parternes respektive kundekredse inden for den luxembourgske Horeca-sektor, og at hindre udenlandske bryggeriers indtrængen i denne sektor. Overenskomsten medfører således dels en markedsopdeling, dels en afskærmning af det nationale marked. Under disse betingelser fastslås det, at Kommissionen med rette har kunnet skønne, at sagsøgerne ikke kunne være uvidende om, at overenskomstens formål var konkurrencebegrænsende.

157 På denne baggrund skal det fastslås, at sagsøgernes argumenter om, at de ikke er af en sådan størrelse, at deres ukendskab til loven ikke kan fritage dem, at de aldrig har været sig bevidst, at overenskomsten begrænsede samhandelen mellem medlemsstaterne, at ingen af parterne har forsøgt at opstille hindringer for de udenlandske bryggerier, og at ingen af parterne havde vurderet, at det formål, der bestod i at bevare muligheden for en national konkurrence, ville kunne blive anset for at være konkurrencebegrænsende, er uden relevans for den foreliggende sag.

158 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at Kommissionen i beslutningen selv har erkendt, at den tidligere luxembourgske retspraksis kunne skabe tvivl om, hvorvidt begrænsningen vedrørende fastholdelse af kundekredse var ulovlig. I den forbindelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen må gives medhold i, at en sådan tvivl, hvis den antages at være begrundet, er uden relevans for spørgsmålet om, hvorvidt konkurrencebegrænsningen var forsættelig, netop fordi tvivlen ikke vedrører overenskomstens formål, der var at begrænse konkurrencen, men derimod spørgsmålet, om begrænsningen havde karakter af en overtrædelse. Som det følger af den retspraksis, som er gengivet i præmis 155, vedrører forsætsbegrebet, som omhandlet i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, kun den pågældende aftales konkurrencebegrænsende formål og ikke dens karakter af en overtrædelse i henhold til artikel 81, stk. 1, EF.

159 Endelig skal det i forbindelse med argumentet om, at Brasserie nationale i betragtning 96 til beslutningen er anset for at være en stor virksomhed, hvoraf det modsætningsvist skulle følge, at dette ikke gælder de andre parter, bemærkes, at størrelsen af Brasserie de Luxembourg, som anført af Kommissionen, kun blev påberåbt som begrundelse for den multiplikationskoefficient, som blev anvendt over for dette selskab med henblik på afskrækkelse. Denne bedømmelse af virksomhedens størrelse er således uden betydning for undersøgelsen af, om konkurrencebegrænsningen var forsættelig.

— Den påståede begrundelsesmangel

160 Set i lyset af de krav til begrundelsen, som følger af artikel 253 EF, og som er opregnet ovenfor i præmis 140, bemærkes, at Kommissionens begrundelse for at konkludere, at konkurrencebegrænsningen var forsættelig, er anført klart og utvetydigt i betragtning 89 og 90 i beslutningen.

161 På denne baggrund bør første led af det andet anbringende forkastes.

*Andet led af det andet anbringende om et urigtigt skøn vedrørende overtrædelsens grovhed og varighed*

Den anfægtede beslutning

- 162 Hvad angår overtrædelsens grovhed er det i beslutningen på den ene side anført, at eftersom overenskomsten havde til formål at fastholde kundekredse og hindre udenlandske bryggeriers indtrængen på markedet, er der tale om en af de alvorligste overtrædelser. På den anden side anfører Kommissionen for det første, at overtrædelsens rækkevidde er begrænset til Horeca-sektoren og til de udskænkingssteder, der er bundet til parterne ved en eksklusiv købsklausul, for det andet, at bestemmelserne vedrørende de udenlandske bryggerier ikke blev gennemført, og for det tredje, at det luxembourgske marked for øl er det mindste i Fællesskabet. Efter en afvejning af disse grunde kvalificeres overtrædelsen endeligt som en alvorlig overtrædelse (betragtning 92 og 93).

- 163 For så vidt angår overtrædelsens varighed fremgår det navnlig af beslutningen, at overtrædelsen ophørte den 16. februar 2000, på hvilket tidspunkt Interbrew meddelte Kommissionen, at selskabet havde påbudt datterselskaberne Mousel og Diekirch at bringe overenskomstens anvendelse til ophør (betragtning 86). På denne baggrund konkluderes det, at overenskomstens eksisterede i mere end 14 år (1985-2000) og dermed er af lang varighed (betragtning 97).

Parternes argumenter

- 164 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en urigtig vurdering af overtrædelsens grovhed og varighed.

- 165 Hvad angår overtrædelsens grovhed har sagsøgerne henvist til, at lidet alvorlige overtrædelser i retningslinjerne er defineret som begrænsninger, »der tilsigter at påvirke samhandelen, men som kun har mindre indflydelse på markedet, og som desuden kun vedrører en skønt væsentlig dog forholdsvis snæver del af fællesmarkedet«, og alvorlige overtrædelser er defineret som horisontale eller vertikale begrænsninger af samme art som ovennævnte, men »som håndhæves mere strengt og har en større indflydelse på markedet, og hvis virkninger kan gøre sig gældende inden for store dele af fællesmarkedet«. Ifølge sagsøgerne skulle overtrædelsen i den konkrete sag have været defineret som lidet alvorlig, for så vidt som det i betragtning 92 til beslutningen er anført, at bestemmelserne vedrørende udenlandske bryggerier ikke blev gennemført, at overenskomsten kun omfattede den luxembourgiske Horaca-sektor, og at udvekslingen af oplysninger var meget begrænset. Brasserie nationale har i den forbindelse gentaget påstanden om, at overenskomsten var undtaget fra anmeldelsespligten.
- 166 For så vidt angår overtrædelsens varighed har sagsøgerne gjort gældende, at bestemmelserne om de udenlandske bryggerier ikke blev gennemført.
- 167 Kommissionen har anført, at dette led af det andet anbringende er uholdbart.

## Rettens bemærkninger

### — Overtrædelsens grovhed

- 168 Det skal bemærkes, at retningslinjerne navnlig bestemmer, at der under vurderingen af overtrædelsens grovhed skal tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning. Overtrædelserne klassificeres således i tre kategorier, idet der skelnes mellem lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser (punkt 1 A, stk. 1 og 2).

- 169 Det skal præciseres, at retningslinjerne ikke foregriber Fællesskabets retsinstitansers bedømmelse af bøden, idet disse retsinstitanser i henhold til artikel 17 i forordning nr. 17 har fuld prøvelsesret. Derimod påhviler det Kommissionen i forbindelse med fastsættelsen af bødens størrelse i overensstemmelse med retningslinjerne at holde sanktionerne inden for de rammer, som er defineret i artikel 15 i forordning nr. 17 (Rettens dom af 21.10.2003, sag T-368/00, General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen, Sml. II, s. 4491, præmis 188).
- 170 Det skal i øvrigt bemærkes, at overtrædelsernes grovhed skal fastsættes på grundlag af mange forhold, såsom navnlig sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der dog er fastlagt en bindende eller udtømmende liste af kriterier, der skal tages i betragtning. Herudover følger det af fast retspraksis, at Kommissionen i medfør af forordning nr. 17 har et vist skøn ved udmålingen af bøderne med henblik på, at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne. Det tilkommer ikke desto mindre Retten at efterprøve, om størrelsen af den pålagte bøde står i rimeligt forhold til overtrædelsens varighed og grovhed, og at afveje overtrædelsens grovhed med de forhold, som sagsøgeren har gjort gældende (Rettens dom af 21.10.1997, sag T-229/94, Deutsche Bahn mod Kommissionen, Sml. II, s. 1689, præmis 127, og dommen i sagen General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen, præmis 189).
- 171 I den konkrete sag bemærkes, at Kommissionen i beslutningen har fulgt en todelt argumentation, uden i øvrigt udtrykkeligt at henvise til retningslinjerne.
- 172 Angående argumentationens første del skal det bemærkes, at overenskomsten som anført i forbindelse med undersøgelsen af tredje og fjerde led af det første anbringende medfører en markedsdeling og en afskærmning af det nationale marked.

- 173 Aftaler om markedsdeling hører til den type aftaler, der i artikel 81, stk. 1, litra c), EF udtrykkeligt er erklæret uforenelige med det fælles marked. I henhold til retspraksis anses de for at indebære åbenlyse konkurrencebegrænsninger (Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141, præmis 136).
- 174 Hvad angår afskærmningen af det nationale marked bemærkes, at en sådan åbenlys overtrædelse af konkurrencereglerne i sig selv er særlig alvorlig. Den er egnet til at modvirke de mest grundlæggende formål med Fællesskabet og i særdeleshed gennemførelsen af det indre marked (jf. i samme retning Rettens dom af 22.4.1993, sag T-9/92, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 493, præmis 42, og dommen i sagen General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen, præmis 191).
- 175 På denne baggrund er det med rette, at Kommissionen i den første del af sin argumentation har vurderet, at overenskomsten hørte til de groveste overtrædelser af artikel 81 EF.
- 176 For så vidt angår argumentationens anden del bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at et nationalt geografisk marked udgør en væsentlig del af det fælles marked (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 28, og dommen i sagen Deutsche Bahn mod Kommissionen, præmis 58).
- 177 Da nærværende overtrædelse ubestridt vedrører hele det luxembourgiske marked for øl, omfatter den en væsentlig del af det fælles marked.



178 I øvrigt har Kommissionen i retningslinjerne for så vidt angår de meget alvorlige overtrædelser anført, at det hovedsagelig drejer sig om »horisontale begrænsninger såsom priskarteller og markedsopdelende karteller samt andre former for praksis, der er til skade for det indre marked, såsom begrænsninger, der tager sigte på at isolere nationale markeder« (punkt 1 A, stk. 2, andet led). Denne vejledende beskrivelse indebærer, at aftaler eller samordnet praksis, der som i den konkrete sag har til formål dels at fastholde kundekredse, dels at afskærme det nationale marked, per se kan betegnes som meget alvorlige, uden at det er fornødent, at adfærden har været geografisk særligt omfattende eller har haft særlige virkninger. Denne konklusion støttes af den omstændighed, at mens det i den vejledende beskrivelse af alvorlige overtrædelser er anført, at det som oftest drejer sig »om horisontale eller vertikale begrænsninger [...], men som håndhæves mere strengt og har en større indflydelse på markedet, og hvis virkninger kan gøre sig gældende inden for store dele af fællesmarkedet«, er der i den vejledende beskrivelse af de meget alvorlige overtrædelser hverken stillet krav om konkrete påvirkninger af markedet eller om virkninger på et særligt geografisk område.

179 Det følger heraf, at kvalifikationen i beslutningen af nærværende overtrædelse som alvorlig, og ikke som meget alvorlig, allerede er udtryk for en mild bedømmelse i forhold til de kriterier, der normalt finder anvendelse i forbindelse med fastsættelse af bøder i sager om aftaler om markedsdeling og i tilknytning hertil afskærmning af det nationale marked (jf. i samme retning dommen i sagen Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, stadfæstet ved Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-359/01 P, British Sugar mod Kommissionen, Sml. I, s. 4933, præmis 103).

180 Det skal herudover bemærkes, at Kommissionen i retningslinjernes punkt 1 A, stk. 2, første led, i forbindelse med de lidet alvorlige overtrædelser har præciseret, at der »som eksempel kan nævnes begrænsninger — oftest vertikale — der tilsigter at påvirke samhandelen, men som kun har mindre indflydelse på markedet, og som desuden kun vedrører en skønt væsentlig dog forholdsvis snæver del af fællesmarkedet«.

- 181 Det må fastslås, at en horisontal aftale, der dækker hele en medlemsstats område, og som har til formål at opdele markedet samt afskærme det nationale marked, ikke kan betegnes som lidet alvorlig i retningslinjernes forstand.
- 182 Den omstændighed, at den anden konstaterede overtrædelse ikke blev gennemført, ændrer ikke ved denne opfattelse. Som det blev nævnt i præmis 174, udgør en sådan begrænsning nemlig en overtrædelse som omhandlet i artikel 81 EF og — mere generelt — en overtrædelse af Fællesskabets målsætninger.
- 183 Af samtlige disse grunde skal det fastslås, at Kommissionen ikke ved endeligt at betegne den omhandlede overtrædelse som alvorlig har krænket de rettigheder, sagsøgerne er tillagt i fællesskabsretten.

— Overtrædelsens varighed

- 184 I denne forbindelse bemærkes det blot, at selv hvis det godtgøres, at overenskomstens bestemmelser vedrørende de udenlandske bryggerier ikke blev gennemført, har dette ingen relevans.
- 185 Det påhvilede nemlig ikke Kommissionen at føre bevis for virkningerne af den omhandlede aftale, idet denne havde til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor spørgsmålet, om aftalen er eller ikke er blevet gennemført, er irrelevant for beregningen af overtrædelsens varighed. Ved beregningen af varigheden af en overtrædelse, som har til formål at begrænse konkurrencen, skal det nemlig blot

fastslås, hvor længe aftalen har eksisteret, dvs. hvilket tidsrum der er forløbet fra aftalens indgåelse til dens ophør (dommen i sagen CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, præmis 280).

186 Det følger af det ovenstående, at andet led af det andet anbringende må forkastes.

*Tredje led af det andet anbringende om den manglende anvendelse af retningslinjerne for så vidt angår formildende omstændigheder*

Den anfægtede beslutning

187 Det er i beslutningen anført, at den tvivl, som strømningerne i den luxembourgiske retspraksis indtil marts 1996 har kunnet skabe om lovligheden af begrænsningerne med hensyn til den gensidige overholdelse af »ølklausulerne«, begrundes en nedsættelse på 20% af bøden (betragtning 100).

Parternes argumenter

188 Til støtte for dette led af anbringendet har sagsøgerne for det første gjort gældende, at det var med urette, at Kommissionen kun har anerkendt, at der forelå formildende omstændigheder som følge af den tvivl, der opstod på grund af den nævnte luxembourgiske retspraksis, for perioden indtil marts 1996, da den af overenskomsten flydende risiko ikke kan anses for at være ophørt på dette tidspunkt. Brasserie nationale har tilføjet, at muligheden for appel og modstridende retsafgørelser begrundes, at denne tvivl anses for en formildende omstændighed

indtil overenskomstens ophør, eller i hvert fald indtil udløbet af den gennemsnitlige frist for at iværksætte appel i en stat som Luxembourg, dvs. tre år. Under disse omstændigheder vil en nedsættelse på mindst 40% ifølge Brasserie nationale være rimelig.

- 189 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at det tilfælde, at »en virksomhed ikke reelt har fulgt de ulovlige aftaler eller ulovlige former for praksis«, figurerer blandt de formildende omstændigheder, der er opregnet i retningslinjerne (punkt 3, andet led). Følgelig begrundes den manglende gennemførelse af overenskomstens bestemmelser vedrørende de udenlandske bryggerier en yderligere nedsættelse af bøderne.
- 190 Kommissionen har anført, at dette led af det andet anbringende er uholdbart.

#### Rettens bemærkninger

- 191 For så vidt angår sagsøgernes første antagelse bemærkes, at Kommissionen ikke har fundet, at det problem med hensyn til manglende retssikkerhed, som parterne har påberåbt sig, retfærdiggør en undtagelse fra artikel 81, stk. 1, EF (betragtning 62). Som det blev nævnt i forbindelse med undersøgelsen af tredje led af det første anbringende, er denne betragtning ikke fejlagtig, idet sådanne problemer ikke kan retfærdiggøre en aftale med et konkurrencebegrænsende formål.
- 192 Da det nævnte problem ikke retfærdiggør en sådan aftale, kan der heller ikke tages hensyn hertil som en formildende omstændighed, der berettiger til en nedsættelse af den bøde, der blev pålagt som følge af aftalen.

- 193 Det bør fastslås, at det problem med hensyn til manglende retssikkerhed, som sagsøgerne har påberåbt sig, ikke giver anledning til at anerkende, at der bestod rimelig tvivl om lovligheden af den konkurrencebegrænsende adfærd i den konkrete sag, som omhandlet i retningslinjernes punkt 3, idet overenskomsten som nævnt havde til formål at dele markedet og i tilknytning hertil afskærme det nationale marked.
- 194 Heraf følger, at Kommissionen ikke ved at acceptere at nedsætte sagsøgernes bøde med 20% begrundet i den omhandlede tvivl har tilsidesat de rettigheder, som fællesskabsretten tillægger dem.
- 195 Hvad angår sagsøgernes anden antagelse bemærkes, at retningslinjernes punkt 3, andet led, ikke skal fortolkes således, at de omfatter tilfælde, hvor en aftale i sin helhed ikke er blevet gennemført, uanset de enkelte virksomheders faktiske adfærd, men skal forstås som en formildende omstændighed, der tager udgangspunkt i hver virksomheds individuelle adfærd.
- 196 Sagsøgerne har imidlertid ikke gjort noget gældende, der gør det muligt at fastslå, at der i medfør af retningslinjernes punkt 3, andet led, skulle foreligge formildende omstændigheder på grund af den manglende gennemførelse af overenskomsten, dvs. ført bevis for, at de rent faktisk afstod fra at følge overenskomsten ved at handle konkurrencebetonet på markedet.
- 197 Det følger af det ovenstående, at tredje led af det andet anbringende må forkastes.

*Fjerde led af det andet anbringende (som udelukkende er fremsat i sag T-49/02) om manglende begrundelse for det oprindelige grundbeløb, som Kommissionen har lagt til grund for bøde beregningen*

## Den anfægtede beslutning

- 198 I beslutningen betegnes den omhandlede overtrædelse som alvorlig af de ovenfor anførte grunde. Kommissionen er af den opfattelse, at det herudover var nødvendigt at hense til parternes faktiske økonomiske mulighed for at forvolde skade, samtidig med at bøden skal have en størrelse, der gør den tilstrækkeligt afskrækkende, og at det var passende at afveje dette beløb, så der kunne tages hensyn til den særlige vægt af hver parts ulovlige handlinger. Til dette formål blev parterne delt i tre grupper på grundlag af deres respektive salg i den relevante sektor, og den bøde, der blev fastsat for den første gruppe som følge af overtrædelsens grovhed, jf. betragtning 95 til beslutningen, blev for så vidt angår Brasserie de Luxembourg fastsat til 500 000 EUR (betragtning 92-95).

## Parternes argumenter

- 199 Brasserie nationale har foreholdt Kommissionen, at den ikke tilstrækkeligt har begrundet det oprindelige grundbeløb, som blev fastsat for den første gruppe virksomheder, som omhandlet i betragtning 95 til beslutningen, hvilket beløb har betinget samtlige beregninger vedrørende de enkelte parter. Dette forhindrede efterprøvelsen af den bøde, der blev pålagt Brasserie nationale, og begrundet derfor, at bøden annulleres.

- 200 Kommissionen har anført, at dette led af det andet anbringende er uholdbart.

## Rettens bemærkninger

- 201 Set i lyset af de krav til begrundelsen, der følger af artikel 253 EF, og som er gengivet i præmis 142 i nærværende dom, bør det, henset til de oplysninger, der er anført i betragtning 92-95 til beslutningen, fastslås, at Brasserie nationale fuldt ud var i stand til at fremsætte anbringender om ulovligheden af de forhold, der blev lagt til grund for beregningen, og som førte til, at Kommissionen fastsatte beløbet på 500 000 EUR for den første gruppe.
- 202 Af disse betragtninger kan det nemlig udledes, at Kommissionen nåede frem til dette beløb ved først at kvalificere den omhandlede overtrædelse som alvorlig og dernæst tage hensyn til Brasserie de Luxembourgs økonomiske evne til at forvolde skade på andre erhvervsdrivende, til nødvendigheden af at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der var tilstrækkeligt afskrækkende, og til den særlige vægt, som selskabets ulovlige adfærd havde, hvilken vægt blev fastlagt på grundlag af selskabets salg inden for den luxembourgiske Horeca-sektor.
- 203 Følgelig bør fjerde led af det andet anbringende forkastes.
- 204 Da alle led af det andet anbringende er blevet forkastet, skal anbringendet forkastes i sin helhed.
- 205 På baggrund af ovenstående frifindes Kommissionen i det hele i de foreliggende sager.

## Sagens omkostninger

- 206 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.
- 207 Sagsøgerne har tabt sagen og bør derfor betale sagens omkostninger i overensstemmelse med den af Kommissionen nedlagte påstand herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Anden Afdeling)

**1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**

**2) Sagsøgerne betaler sagens omkostninger.**

Meij

Forwood

Pelikánová

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 27. juli 2005.

H. Jung

Justitssekretær

A.W.H. Meij

Afdelingsformand



## Indhold

Faktiske omstændigheder .....	II - 3040
Den anfægtede beslutning .....	II - 3044
Retsforhandlinger .....	II - 3046
Parternes påstande .....	II - 3046
Retlige bemærkninger .....	II - 3047
1. Det første anbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF .....	II - 3047
Vurderingen af overenskomstens formål (tredje, fjerde og første led af det første anbringende) .....	II - 3048
Den anfægtede beslutning .....	II - 3048
Parternes argumenter .....	II - 3054
— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at fastholde kundekredse (tredje led af det første anbringende).	II - 3054
— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at forhindre udenlandske bryggeriers indtrængen i den luxembourgske Horeca-sektor (fjerde led af det første anbringende) ..	II - 3059
— Utilstrækkelig hensyntagen til den sammenhæng, som overenskomsten indgik i, ved vurderingen af dens formål (første led af det første anbringende) .....	II - 3060
Retten bemærkninger .....	II - 3062
— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at fastholde kundekredse (tredje led af det første anbringende).	II - 3062
— Den angiveligt fejlagtige konstatering af, at overenskomsten havde til formål at forhindre indtrængen i den luxembourgske Horeca-sektor (fjerde led af det første anbringende) .....	II - 3067

— Den utilstrækkelige hensyntagen til den sammenhæng, overenskomsten indgik i, ved vurderingen af dens formål (første led af det første anbringende) .....	II - 3071
Andet led af det første anbringende, hvorefter Kommissionen urigtigt har fastslået, at overenskomsten fandt anvendelse i tilfælde, hvor der ikke forelå en »ølklausul« .....	II - 3072
Den anfægtede beslutning .....	II - 3072
Parternes argumenter .....	II - 3073
Rettens bemærkninger .....	II - 3075
Femte led af det første anbringende om overenskomstens manglende mærkbare påvirkning af konkurrencen .....	II - 3082
Den anfægtede beslutning .....	II - 3082
Parternes argumenter .....	II - 3082
Rettens bemærkninger .....	II - 3083
— Det påståede urigtige skøn .....	II - 3083
— Den påståede begrundelsesmangel .....	II - 3084
2. Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og af den begrundelsespligt, der følger af artikel 253 E.F .....	II - 3085
Første led af det andet anbringende om, at overtrædelsen ikke blev begået forsætligt .....	II - 3085
Den anfægtede beslutning .....	II - 3085
Parternes argumenter .....	II - 3086
Rettens bemærkninger .....	II - 3088
— Det påståede urigtige skøn .....	II - 3088
— Den påståede begrundelsesmangel .....	II - 3089
	II - 3103

Andet led af det andet anbringende om et urigtigt skøn vedrørende overtrædelsens grovhed og varighed .....	II - 3090
Den anfægtede beslutning .....	II - 3090
Parternes argumenter .....	II - 3090
Rettens bemærkninger .....	II - 3091
— Overtrædelsens grovhed .....	II - 3091
— Overtrædelsens varighed .....	II - 3095
Tredje led af det andet anbringende om den manglende anvendelse af retningslinjerne for så vidt angår formildende omstændigheder .....	II - 3096
Den anfægtede beslutning .....	II - 3096
Parternes argumenter .....	II - 3096
Rettens bemærkninger .....	II - 3097
Fjerde led af det andet anbringende (som udelukkende er fremsat i sag T-49/02) om manglende begrundelse for det oprindelige grundbeløb, som Kommissionen har lagt til grund for bøde beregningen .....	II - 3099
Den anfægtede beslutning .....	II - 3099
Parternes argumenter .....	II - 3099
Rettens bemærkninger .....	II - 3100
Sagens omkostninger .....	II - 3101