

RETTENS DOM

23. oktober 2003 *

I sag T-65/98,

Van den Bergh Foods Ltd, tidligere HB Ice Cream Ltd, Dublin (Irland), ved
solicitors M. Nicholson og M. Rowe, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

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

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

Masterfoods Ltd, Dublin (Irland), ved solicitor P.G.H. Collins, og med valgt adresse i Luxembourg,

og af

Richmond Frozen Confectionery Ltd, tidligere Treats Frozen Confectionery Ltd, Northallerton (Det Forenede Kongerige), ved I.S. Forrester, QC, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 98/531/EF af 11. marts 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EFT L 246, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. García-Valdecasas, og dommerne P. Lindh og J.D. Cooke,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

- 1 Det foreliggende søgsmål angår en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 98/531/EF af 11. marts 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EFT L 246, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«).

- 2 Van den Bergh Foods Ltd (herefter »HB«), som er et helejet datterselskab af Unilever-koncernen, er den førende producent af is i Irland, navnlig enkeltemballerede is til umiddelbar fortæring (herefter »impulsis«). HB har i adskillige år enten »pr. kulance« eller mod betaling af en symbolsk leje stillet fryserne til rådighed for detailhandlere, idet HB dog stadig var ejer af fryserne, på betingelse af, at de kun blev benyttet til opbevaring af is leveret af HB (herefter »eksklusivitetsklausulen«). Det fremgår af aftalebetingelserne vedrørende fryserne, at aftalen til enhver tid kan opsiges af begge parter med to måneders varsel. HB vedligeholder for egen regning fryserne bortset fra forsømmelser, som kan tilskrives detailhandleren.

- 3 Masterfoods Ltd (herefter »Mars«), som er et datterselskab af det amerikanske selskab Mars Inc., kom ind på det irske marked for is i 1989.

- 4 Fra sommeren 1989 begyndte mange af de detailhandlere, der havde fryserne, som var stillet til rådighed af HB, at opbevare og frembyde Mars' produkter deri, hvilket førte til, at HB krævede, at eksklusivitetsklausulen blev overholdt.
- 5 I marts 1990 anlagde Mars sag ved High Court (Irland) bl.a. med påstand om, at eksklusivitetsklausulen blev kendt ugyldig i henhold til national ret og EF-traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 81 EF og 82 EF). HB anlagde herefter særskilt sag med påstand om, at Mars tilpligtedes til ikke at tilskynde detailhandlerne til at tilsidesætte eksklusivitetsklausulen.
- 6 I april 1990 afsagde High Court en kendelse om foreløbige forholdsregler til fordel for HB.
- 7 Den 28. maj 1992 traf High Court afgørelse i realiteten i de to sager, der var anlagt af henholdsvis Mars og HB. High Court frifandt HB i den af Mars anlagte sag og gav ved kendelse HB medhold i påstanden om, at det forbydes Mars at tilskynde detailhandlerne til at opbevare Mars' produkter i HB's fryserne.
- 8 Mars appellerede denne afgørelse til Supreme Court (Irland) den 4. september 1992. Denne ret udsatte sagen og forelagde Domstolen tre præjudicielle spørgsmål (jf. præmis 30 nedenfor), som var genstand for Domstolens dom af 14. december 2000 (sag C-344/98, Masterfoods og HB, Sml. I, s. 11369). Ved afsigelsen af den foreliggende dom er sagen for Supreme Court endnu ikke afsluttet.
- 9 Samtidig med disse sager indgav Mars den 18. september 1991 en klage over HB til Kommissionen i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85

og 86 (EFT 1959-1962, s. 81). Mars klagede over, at HB forsynede et stort antal detailhandlere med fryserne, der udelukkende måtte anvendes til selskabets produkter.

- 10 Den 22. juli 1992 klagede Valley Ice Cream (Ireland) Ltd ligeledes til Kommissionen over HB.

- 11 Den 29. juli 1993 tilkendegav Kommissionen i en meddelelse af klagepunkter til HB, at selskabets distributionsordning var i strid med traktatens artikel 85 og 86 (herefter »klagepunktsmeddelelsen af 1993«).

- 12 Efter drøftelser med Kommissionen forelagde HB, samtidig med, at virksomheden bestred Kommissionens standpunkt, forslag til ændringer, navnlig af dens distributionsordning, med henblik på at virksomheden kunne opnå fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Den 8. marts 1995 blev disse ændringer forelagt Kommissionen, som i en pressemeddelelse af 10. marts 1995 umiddelbart vurderede, at den kunne tillade HB at opnå en fritagelse. Den 15. august 1995 blev en meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (EFT C 211, s. 4).

- 13 Da Kommissionen imidlertid fandt, at ændringerne ikke havde haft det forventede resultat med hensyn til at give fri adgang til forretningerne, tilsendte den HB en ny meddelelse af klagepunkter den 22. januar 1997 (herefter »klagepunktsmeddelelsen af 1997«). HB fremsatte sin holdning til de klagepunkter, der var blevet gjort gældende.

- 14 Den 11. marts 1998 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning.

Den anfægtede beslutning

- 15 I den anfægtede beslutning fandt Kommissionen, at HB's distributionsaftaler, som indeholdt eksklusivitetsklausulen, var uforenelige med traktatens artikel 85 og 86. Den definerede det relevante produktmarked som markedet for impulsis og det relevante geografiske marked som Irland (betragtning 138 og 140). Kommissionen fastslog, at HB indtager en særdeles stærk stilling på det relevante marked, således som det bl.a. fremgår af HB's markedsandel gennem mange år (jf. præmis 21 nedenfor). Denne stærke stilling illustreres yderligere ved den grad af både numerisk (79%) og vægtet (94%) distribution, som de pågældende produkter fra HB havde i august og september 1995, samt af mærkets styrke, bredden af dets produktudvalg og produkternes popularitet. HB's stilling på dette marked styrkes yderligere af Unilevers stærke stilling, ikke blot på de øvrige ismarkeder i Irland (take home og catering), men også på de internationale ismarkeder og på markederne for frosne fødevarer og forbrugervarer som helhed (betragtning 141).
- 16 Kommissionen har udtalt, at alle HB's fryseraftaler bevirker, at de detailhandlere, med hvem kontrakterne er indgået, har begrænsede muligheder for at opbevare og udbyde impulsprodukter fra konkurrerende leverandører i deres forretninger under omstændigheder, hvor den eller de eneste fryserer til opbevaring af impulsis i forretningen er leveret af HB, hvor den eller de eksisterende HB-fryserer sandsynligvis ikke vil blive erstattet med en detailhandlerejet eller en konkurrents fryser, og hvor det ikke kan svare sig at afsætte plads til en yderligere frostboks. Denne begrænsning har ifølge Kommissionen den virkning, at disse konkurrerende leverandører udelukkes fra at sælge deres produkter til disse forretninger, hvorved konkurrencen mellem leverandører på det relevante marked begrænses (betragtning 143). Kommissionen tog ikke hensyn til den konkurrencebegrænsende virkning af hver enkelt fryseraftale, men snarere til virkningen af den

kategori af aftaler, der opfylder de anførte betingelser og udgør en påviselig del af komplekset af HB's fryseraftaler som helhed. Ifølge Kommissionen gælder vurderingen af den konkurrencebegrænsende virkning af denne del af HB's aftalekompleks derefter i lige høj grad for hver af de aftaler, der omfatter den del. Den konkurrencebegrænsende virkning er blevet vurderet på baggrund af virkningen af alle tilsvarende komplekser af fryseraftaler, som de øvrige isleverandører har på det relevante marked, samt på baggrund af eventuelle andre relevante markedsforhold (betragtning 144 og 145).

- 17 Kommissionen angav herefter i tal den begrænsende virkning af HB's distributionsaftaler med henblik på at påvise deres betydning. Den bemærkede i den sammenhæng, at de begrænsende virkninger af komplekser af leverandøreksklusive fryseraftaler skyldes de uundgåelige pladsbegrænsninger i forretningerne. Det gennemsnitlige antal fryserne i forretningerne er beregnet til 1,5 i henhold til en markedsundersøgelse foretaget af Lansdowne Market Research Ltd i 1996 (herefter »Lansdowne-undersøgelsen«), hvorimod detailhandlerne anså det optimale antal fryserne, der kan være i en forretning, når sæsonen er på sit højeste, som værende 1,57 (betragtning 147).
- 18 Kommissionen har fremført, at kun en lille andel af forretningerne i Irland — nemlig 17% i henhold til Lansdowne-undersøgelsen — har ikke-eksklusive fryserne. Disse kan betegnes som »frie« forretninger i den betydning, at detailhandlerne frit kan føre impulsis fra en hvilken som helst leverandør (betragtning 148). For så vidt angår de resterende forretninger — dvs. 83%, som i henhold til Lansdowne-undersøgelsen har fået installeret fryserne af leverandørerne — vurderede Kommissionen, at andre leverandører ikke kan få direkte adgang med henblik på salg af deres produkter uden først at skulle fjerne store forhindringer. Kommissionen fremførte, at »[p]å denne måde udelukkes sådanne nye virksomheder fra forretningen«, og at »[s]elv om denne udelukkelse ikke er absolut i den forstand, at detailhandleren ikke kontraktmæssigt afskæres fra at sælge andre leverandørers produkter, kan forretningen siges at være afskærmet, idet konkurrerende leverandører har meget vanskeligt ved at få adgang til den« (betragtning 149).

- 19 Kommissionen fastslog, at i ca. 40% af alle forretninger i Irland er den eller de eneste fryserne til opbevaring af impulsis, som er til stede i forretningen, leveret af HB (betragtning 156). Kommissionen anførte, at »[e]n leverandør, som med henblik på salg af sine impulsisprodukter ønsker at få adgang til en detailforretning (dvs. en ny leverandør til forretningen), hvor der mindst findes én leverandøreksklusiv fryser, kan gøre dette, hvis den forretning har en eller flere ikke-eksklusive fryserne, [...] eller hvis han kan overtale detailhandleren til enten at udskifte en leverandøreksklusiv fryser in situ eller installere en ekstra fryser ved siden af den eller de leverandøreksklusive fryserne in situ« (betragtning 157). Ifølge Kommissionen (betragtning 158-183) er det på baggrund af Lansdowneundersøgelsen ikke sandsynligt, at forretningerne træffer en af disse beslutninger, hvis de råder over en eller flere fryser leveret af HB, og det konkluderes, at 40% af forretningerne de facto er bundet til HB (betragtning 184). Konkurrerende leverandører er således afskåret fra at få adgang til disse forretninger, hvilket udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1.
- 20 I den anfægtede beslutning blev det endvidere konstateret, at aftalerne indeholdende eksklusivitetsklausuler ikke kunne fritages i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, idet de ikke bidrog til at forbedre fordelingen af varerne (betragtning 222-238), ikke sikrede forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved (betragtning 239 og 240), ikke var nødvendige for at opnå de påberåbte fordele (betragtning 241), og gav HB mulighed for at udelukke en stor del af konkurrencen på det relevante marked (betragtning 242-246).
- 21 For så vidt angår anvendelsen af traktatens artikel 86 fandt Kommissionen, at HB indtog en dominerende stilling på det relevante marked, bl.a. fordi virksomheden længe havde haft en mængde- og værdimæssig andel på over 75% af markedet (betragtning 259 og 261).
- 22 Kommissionen fastslog, at »HB misbruger sin dominerende stilling på det relevante marked [...], idet virksomheden tilskynder detailhandlere [...], der ikke har en eller flere fryserne til opbevaring af impulsis, som de enten selv har anskaffet,

eller som er stillet til rådighed af en anden isproducent end HB, til at indgå fryseraftaler med en eksklusivitetsklausul«, og at »[t]ilskyndelsen tager form af et tilbud om at levere fryserne til detailhandlerne samt vedligeholde dem uden nogen direkte udgifter for detailhandleren« (betragtning 263).

23 I den anfægtede beslutning bestemte Kommissionen følgende:

- Eksklusivitetsklausulen i de fryseraftaler, der er indgået mellem HB og detailhandlere i Irland om opstilling af fryserne i forretninger, der udelukkende har en eller flere fryserne, som er stillet til rådighed af HB til opbevaring af enkeltemballerede impulsartikler, og som ikke har en eller flere fryserne, der enten er anskaffet af dem selv eller stillet til rådighed af en anden isfabrikant end HB, udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (artikel 1 i den dispositive del).

- HB's begæring om fritagelse med hensyn til den i artikel 1 beskrevne eksklusivitetsklausul i henhold til EF-traktatens artikel 85, stk. 3, afvises (artikel 2 i den dispositive del).

- HB's tilskyndelse af detailhandlere i Irland, der ikke har en eller flere fryserne, som de enten selv har anskaffet, eller som er stillet til rådighed af en anden isfabrikant end HB, til at indgå fryseraftaler med eksklusivitetsklausul ved at tilbyde at stille en eller flere fryserne til rådighed for dem til opbevaring af enkeltemballerede impulsartikler og at vedligeholde fryserne uden nogen direkte omkostninger udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 86 (artikel 3 i den dispositive del).

- Det pålægges HB omgående at bringe de i artikel 1 og 3 omhandlede overtrædelser til ophør og at afholde sig fra at træffe foranstaltninger med samme formål eller virkning (artikel 4 i den dispositive del).

- Det pålægges HB inden tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning at underrette de detailhandlere, med hvilke virksomheden i øjeblikket har fryseraftaler, der som omhandlet i artikel 1 udgør overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, om den fulde ordlyd af artikel 1 og 3 og meddele dem, at de pågældende eksklusivitetsklausuler er ugyldige (artikel 5 i den dispositive del).

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 24 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 21. april 1998 har HB i medfør af EF-traktatens artikel 173, stk. 4 (efter ændring nu artikel 230, stk. 4, EF), anlagt sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.
- 25 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag har HB tillige i medfør af EF-traktatens artikel 185 (nu artikel 242 EF) indgivet begæring om udsættelse af gennemførelsen af denne beslutning, indtil Retten har truffet afgørelse i realiteten.
- 26 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 29. april og den 8. maj 1998 har Mars og Treats Frozen Confectionery Ltd, nu Richmond Frozen Confectionery Ltd (herefter »Richmond«) anmodet om at måtte intervenere i den foreliggende sag til støtte for Kommissionens påstande.

- 27 Interventionsbegæringerne blev forkyndt for parterne i hovedsagen i henhold til artikel 116, stk. 1, i Rettens procesreglement.
- 28 Ved telefax indgået til Justitskontoret den 13. maj 1998 har HB erklæret ikke at ville rejse indsigelse mod Mars' interventionsbegæring, men har rejst indsigelse mod Richmonds intervention under påberåbelse af, at selskabet ikke har tilstrækkelig interesse i sagens udfald. HB har anmodet om, at de selskaber, der har indgivet interventionsbegæring, kun tilstilles en beskåret udgave af stævningen og af den anfægtede beslutning. Med henblik herpå har HB opregnet de oplysninger, som efter selskabets opfattelse er hemmelige eller fortrolige.
- 29 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 14. maj 1998 har Kommissionen erklæret ikke at ville rejse indsigelse mod de to interventionsbegæring. Hvad angår sagsøgerens anmodning om fortrolig behandling har Kommissionen den 18. maj 1998 udtrykt visse forbehold.
- 30 Ved kendelse af 16. juni 1998, indgået til Domstolen den 21. september 1998, har Supreme Court i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 85, 86 og 222 (nu artikel 295 EF). Denne sag er registreret som sag C-344/98.
- 31 Ved kendelse af 7. juli 1998 (sag T-65/98 R, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 2641) udsatte Rettens præsident gennemførelsen af den anfægtede beslutning, indtil Retten har afsagt dom i den foreliggende sag, og udsatte afgørelsen om sagens omkostninger.

- 32 Ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Femte Afdeling den 2. marts 1999 blev Mars og Richmond tilladt at intervenere i den foreliggende sag til støtte for Kommissionens påstande. Ved denne kendelse fik HB delvis medhold i anmodningen om fortrolig behandling. En ikke fortrolig udgave af sagens akter blev fremsendt til intervenienterne.
- 33 Ved kendelse af 28. april 1999 udsatte formanden for Rettens Femte Afdeling i medfør af artikel 47, stk. 3, i statuten for Domstolen proceduren i den foreliggende sag indtil afsigelse af Domstolens dom i sag C-344/98.
- 34 Den 14. december 2000 afsagde Domstolen dom i sagen Masterfoods og HB. Ved Justitskontorets skrivelser af 1. februar 2001 blev parterne opfordret til at fremsætte bemærkninger angående denne doms betydning for den foreliggende sag. Kommissionen og HB indgav deres bemærkninger til Justitskontoret henholdsvis den 15. og den 27. februar 2001. Den 13. marts 2001 indgav Mars sit interventionsindlæg vedrørende den foreliggende sag, som indeholdt bemærkninger vedrørende konsekvenserne af Domstolens dom. Richmond afstod fra at indgive interventionsindlæg.
- 35 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 36 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 3. oktober 2002.

37 HB har nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres i det hele.

- Subsidiært annulleres de dele af den anfægtede beslutning, som Retten måtte finde fejlagtige eller ubegrundede.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.

- HB tilpligtes at betale sagens omkostninger.

39 Mars har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

— HB tilpligtes at betale Mars' omkostninger.

40 Under retsmødet nedlagde Richmond følgende påstande:

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

— HB tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

41 Til støtte for annullationspåstanden har HB fremført syv anbringender om for det første åbenbart fejlagtige vurderinger af de faktiske omstændigheder, som førte til retlige fejl, for det andet en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, for det tredje en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3, for det fjerde en tilsidesættelse af traktatens artikel 86, for det femte en tilsidesættelse af ejendomsrettigheder i strid med almindelige retsprincipper og traktatens artikel 222, for det sjette en tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF), og for det syvende en manglende overholdelse af fællesskabsrettens grundlæggende principper og en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Det første og andet anbringende skal undersøges under ét.

Det første og andet anbringende om åbenbart fejlagtige vurderinger af de faktiske omstændigheder og en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1

Parternes argumenter

- 42 HB har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med åbenbart fejlagtige vurderinger af de faktiske omstændigheder, som førte til retlige fejl. Sagsøgeren er af den opfattelse, at parterne ikke er uenige om de faktiske omstændigheder, men derimod om, hvilke konsekvenser der skal drages heraf.
- 43 Ifølge HB kan frysereksklusiviteten ikke anses for en eksklusivitet, der er blevet pålagt forretningerne (betragtning 184 til den anfægtede beslutning), idet forretningerne har ret til at opsiges kontrakten, der binder dem til HB, eller til at opstille nye fryserer, som ikke tilhører HB, ved siden af dem, som tilhører HB, såfremt nye og tiltrækkende produkter tilbydes, eller såfremt forhandlerne ikke er tilfredse med HB's produktsortiment eller HB's serviceniveau. Det fremgår af Rettens dom af 8. juni 1995 (sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1533), at varigheden af en kontrakt er af betydning ved vurderingen af graden af afskærmning af markedet. HB's fryseraftaler er imidlertid ikke tidsbegrænsede aftaler, idet detailhandlerne har mulighed for at opsiges dem til enhver tid. Den omstændighed, at virksomhedens fryserer sjældent udskiftes, beviser ifølge sagsøgeren blot, at de forhandlere, som råder over dets fryserer, er tilfredse, men beviser ikke, at forretningerne er afhængige af HB.
- 44 Ifølge HB viser alle beviserne, at det store flertal af detailhandlere, som Kommissionen påstår er afskærmet på grund af HB-frysereksklusiviteten, faktisk valgte denne eksklusivitet frem for alle andre mulige former for opbevaring og salg af impulsis. Kommissionen kunne således ikke konkludere, at frysereksklusivitetsklausulen medførte en afskærmning af det relevante marked i strid med traktatens artikel 85 og 86. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen ikke godtgjort

årsagssammenhængen mellem HB-frysereksklusiviteten og populariteten af denne virksomheds produkter i den forstand, at en sådan sammenhæng skulle afspejle konkurrenternes produkters begrænsede indtrængen på det relevante marked. Forhandlerne er således villige til at lade sig forsyne med nye produkter, når forbrugerne anmoder herom. Omstændighederne viser imidlertid, at HB's konkurrenters begrænsede indtrængen ikke skyldes en eventuel udelukkelse fra markedet på grund af eksklusivitetsklausulen, men derimod den omstændighed, at deres produkter ikke er tilstrækkeligt tiltrækkende for forbrugerne.

- 45 HB har gjort gældende, at Kommissionen foretog en fejlagtig analyse af spørgsmålet om markedsafskærmning. Kommissionen burde have sondret mellem detailhandlere, som er frataget enhver valgfrihed på grund af indholdet af en distributionsaftale, og forhandlere, som har en forretningsmæssig valgfrihed, og som har gjort brug heraf efter en vurdering af indholdet af konkurrenternes tilbud. Kun den første gruppe vil kunne anses for afskærmet. Kommissionen antog reelt, at forhandlere, som kun har HB-frysere, uanset antallet heraf, altid vil være afskærmet. HB har bemærket, at virksomheden ikke søger at retfærdiggøre den formodede fuldstændige territoriale beskyttelse eller nogen af de andre konkurrencebegrænsninger, der angiveligt forelå i det foreliggende tilfælde, men virksomheden har derimod gjort gældende, at alle beviselementerne godtgør, at konkurrenternes begrænsede indtrængen på markedet skyldes, at sagsøgeren opfylder detailhandlernes og forbrugernes behov. Kommissionen forsøgte imidlertid ikke at forklare HB's konkurrenters manglende resultater på anden måde.

- 46 Ifølge HB beviser et yderligere element, at Kommissionens argumentation vedrørende afskærmningen af det relevante marked er fejlagtig. Såfremt det godtgøres, at der eksisterer en sammenhæng i medfør af HB's fryseraftaler, har HB gjort gældende, at der i så fald skal tages hensyn til den omstændighed, at markedsafskærmningen ikke er på 40% som fremført i Lansdowne-undersø-

gelsen, men derimod er på højst 6%. Under alle omstændigheder skal man ved en beregning af graden af markedsafskærmning ud fra forskellige informationer og Lansdowne-undersøgelsen udelukke følgende tre kategorier af detailforretninger:

- forretninger med mindst to HB-frysere, som pr. definition råder over den nødvendige plads, og for hvem den anden fryser er rentabel (dvs. 6% af forretningerne)

- forretninger, hvor forhandleren ikke er interesseret i at opbevare andre ismærker end HB, idet der i så fald ikke er tilstrækkelig årsagssammenhæng mellem ordningen, hvor en HB-fryser stilles til rådighed, og den omstændighed, at en konkurrent ikke opnår adgang til markedet (dvs. 27% af forretningerne)

- forretninger, hvor forhandleren er interesseret i at opbevare andre ismærker end HB og er i stand til at installere en yderligere fryser, at udskifte HB-fryseren med to mindre fryser eller at udskifte HB-fryseren med forhandlerens egen fryser (dvs. 2-5% af forretningerne).

⁴⁷ Ved beregningen af graden af markedsafskærmning er det herefter ifølge HB kun de forretninger, hvor forhandleren ønsker at skifte mærke, men ikke har mulighed herfor, som skal tages i betragtning. Den anfægtede beslutnings tilgang til anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, er således for unuanceret og i strid med retsudviklingen i de senere år. HB har ligeledes gjort gældende, at Kommissionen overvurderede detailhandlernes pladsbegrænsninger.

- 48 HB har desuden anført, at virksomhedens beregning af den reelle markedsafskærmning understøttes af andre oplysninger vedrørende dynamikken på det relevante marked. Sagsøgeren er bl.a. af den opfattelse, at mindst fem fabrikanter agerer på det relevante marked, og at andre end sagsøgeren, deriblandt nye virksomheder på markedet, har opnået et — absolut eller vægtet — godt distributionsniveau.
- 49 HB bestrider den konklusion i den anfægtede beslutning, hvorefter leveringen af fryserne i tilknytning til en eksklusivitetsklausul udgør en finansiel hindring for andre leverandørers adgang eller udvidelser og forøger konkurrenternes adgangsomkostninger på det relevante marked, for så vidt som nye virksomheder på markedet også skal levere og vedligeholde fryserne. HB har gjort gældende, at denne praksis er nødvendig for at forhindre konkurrenterne i at anvende HB's fryserne til opbevaring af deres produkter uden at være nødsaget til at investere i deres egne fryserne.
- 50 Ifølge HB vil leveringen af fryserne til den irske impulsindustri mod betaling af en særskilt leje medføre en efterspørgsel efter logistiske og andre ressourcer, som ikke kan opgøres i penge. Endvidere ville HB blive stillet konkurrencemæssigt ufordelagtigt, idet virksomheden ville være nødt til at finansiere fryserne, som ikke blot er bestemt til dens egne aktiviteter, men ligeledes til forhandlernes og konkurrenternes aktiviteter.
- 51 HB har endvidere anfægtet Kommissionens antagelse i betragtning 198 til den anfægtede beslutning om, at priskonkurrencen kan lide under det forhold, at konkurrencen inden for impulsprodukter i vidt omfang ligger inden for forretningen, og at konkurrencen mellem mærkerne som følge heraf er reduceret i forretninger, som kun udbyder et mærke. Sagsøgeren har bemærket, at 44% af forretningerne under alle omstændigheder opbevarer to ismærker.

- 52 En i lyset af Domstolens retspraksis korrekt anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, kræver ifølge sagsøgeren anvendelsen af princippet om rule of reason. Der skal foretages en sondring mellem adfærdsbegrænsninger og konkurrencebegrænsninger. Alle aftaler indebærer uundgåeligt en vis form for adfærdsbegrænsning, som imidlertid ikke nødvendigvis udgør en konkurrencebegrænsning. Det er således klart, at anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, uundgåeligt omfatter en kvalitativ vurdering af alle adfærdsbetingede begrænsninger.
- 53 HB har ligeledes gjort gældende, at traktatens artikel 85 på baggrund af en analyse, som bygger på rule of reason, ikke finder anvendelse på fryseraftalerne med detailhandlerne, idet det er klart, at eksklusivitetsklausulen er nødvendig for, at sagsøgeren kan få fuldt udbytte af systemet. Endvidere er klausulen ikke urimeligt konkurrencebegrænsende. Eksklusiviteten angår kun fryserne, og selve aftalen kan opsiges til hver en tid (jf. præmis 43 ovenfor). Sagsøgeren har bemærket, at Domstolen i dom af 28. januar 1986 (sag 161/84, Pronuptia, Sml. s. 353) bekræftede, at det er muligt at behandle særlige former for distribution — i det konkrete tilfælde franchising — allerede på det stadium i beslutningen, som vedrører den eventuelle anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1. Fællesskabsretten har ligeledes længe anerkendt, at ved undersøgelsen af, om traktatens artikel 85, stk. 1, finder anvendelse i en konkret sag, er det nødvendigt at tage hensyn til egenskaberne ved det produkt, som aftalen vedrører (Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société Technique Minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. s. 337, 361 og 362).
- 54 I den anfægtede beslutning anerkendtes det, at systemet med vederlagsfri levering af fryserne indebar fordele for både forhandlerne og for leverandøren (betragtning 224), og at systemet blev anvendt i stort omfang i Europa (betragtning 21). HB har ligeledes understreget, at eksklusivitetsklausulen ikke gav detailhandlerne en geografisk eksklusivitet og ikke medvirkede til at forhindre Mars' eller andre konkurrenters adgang til det relevante marked. Eksklusivitetsklausulen var således ikke omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, idet det var en accessorisk begrænsning. Denne fortolkning svarer til den holdning, High Court indtog i dommen i sagen Masterfoods og HB, præmis 141-146 og 221-229, navnlig

dommens præmis 222. HB har endvidere påberåbt sig rapporten fra den britiske monopol- og fusionskommission fra marts 1994 angående spørgsmålet om et monopol på markedet for impulsis i Det Forenede Kongerige, og sagsøgeren har endvidere henvist til forskellige afgørelser fra domstole i De Forenede Stater og vurderer, at holdningen til reglerne om indretning af forretningerne er anderledes end den holdning, som Kommissionen indtog i den anfægtede beslutning.

- 55 Såfremt det antages, at rule of reason ikke skal anvendes, har HB gjort gældende, at eksklusivitetsklausulen heller ikke er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, af kvantitative årsager uafhængigt af forsøget på i den anfægtede beslutning at skabe en kunstigt stor kategori af afskærmede detailhandlere. Ifølge Domstolens dom af 28. februar 1991 (sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935) og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen kræves det, at der foretages en grundig undersøgelse af arten af det omhandlede marked for at kunne fastslå, hvorvidt en bestemt aftale eller et aftalekompleks medfører en sådan afskærmningsgrad, at aftalen eller aftalekomplekset er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Ifølge HB kræves der i henhold til Delimitis-dommen og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, at to betingelser er opfyldt, for at et marked kan anses for åbent, nemlig for det første, at der er adgang til det minimum af forretninger, som er nødvendigt for at drive et rentabelt distributionssystem, og for det andet, at konkurrenterne i et vist omfang råder over muligheden for at udvide deres aktiviteter, dvs. at forøge deres markedsandele. Såfremt der er kamp om markedet, således at adgangen ikke forhindres for nye konkurrenter, dvs. at der eksisterer en reel og specifik mulighed for at indtræde på markedet, foreligger der ikke en afskærmning, som er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1. Endvidere skal betydningen af de tilsvarende aftalesystemer, som eksisterer i den pågældende industri, ikke overdrives, idet de blot udgør et blandt flere elementer.

- 56 Ifølge HB bør Retten undersøge spørgsmålet om markedsafskærmning og det acceptable heri ud fra den antagelse, at Mars eller enhver anden konkurrent er villig til at investere i frysere, som er sammenlignelige med dem, de andre deltagere på markedet har. Dette fremgår af præmis 21 i Delimitis-dommen, hvorefter der

ved fastlæggelsen af, om en konkurrent urimeligt er blevet hindret adgang til markedet, skal tages hensyn til andre strategier for at trænge ind på markedet.

- 57 Det relevante marked er ifølge HB ikke lukket, hvis man anvender det kvantitative kriterium. Hvad for det første angår varigheden af begrænsningen har sagsøgeren gjort gældende, at i modsætning til dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, hvor det blev fastslået, at de pågældende aftaler var blevet indgået for en femårig periode og i gennemsnit løb over to et halvt år, kunne fryseraftalerne til hver en tid opsiges (jf. præmis 43 ovenfor).
- 58 For det andet har HB bemærket, at Retten i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen for så vidt angår de pågældende aftalers virkning baserede sin opfattelse på den omstændighed, at de fuldstændigt udelukkede konkurrerende leverandørers adgang til de relevante detailhandlere. Frysereksklusivitetsklausulen har derimod ikke denne virkning. En konkurrent kan overbevise forhandlerne om fordelene ved sine produkter og derved opnå adgang til deres forretninger.
- 59 For det tredje har HB anført, at Retten i præmis 105 i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen anvendte en test, som indeholdt to led, og som byggede på en afhængighedstærskel på 30%, ved fastlæggelsen af, hvorvidt visse aftaler havde en markedsafskærmende virkning. Det er således nødvendigt at overføre de kvantitative kriterier, som blev fastlagt i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, til den eksklusivitet, som pålægges forretningerne med henblik på at anvende kriterierne på frysereksklusiviteten. Den ifølge HB bedst egnede metode til at overføre kriterierne består i at koncentrere sig om den del af forhandlerne, som kun har en HB-fryser, og som ikke har plads til en yderligere fryser, eller som har vurderet, at det ikke er økonomisk rentabelt at investere i endnu en fryser. I lyset af Lansdowne-undersøgelsen er det rentabelt for 47% af forretningerne, som repræsenterer 80% af den samlede omsætning af is, at råde over en fryser, som tilhører forhandleren.

- 60 Ifølge HB har Kommissionen således ikke godtgjort årsagssammenhængen mellem frysereksklusivitetsklausulen og de problemer, som leverandører eller nye konkurrenter havde med at få adgang til markedet. Sagsøgeren konkluderer, at da markedet ikke var lukket i henhold til de kriterier, som fremgår af retspraksis i henhold til dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, er det ikke nødvendigt at foretage den anden del af undersøgelsen, som består i at undersøge den omhandlede aftales bidrag til den samlede grad af afskærmning af det relevante marked. Det kræves nemlig ifølge dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, at Kommissionen skal understrege, hvilke økonomiske og juridiske elementer som efter dens opfattelse fører til en betydelig lukning af ismarkedet.
- 61 Kommissionen har — støttet af intervenienterne — vurderet, at eksklusivitetsklausulen er i strid med traktatens artikel 85, idet den begrænser detailhandlernes frihed og hindrer adgangen til markedet. Kommissionen har gjort gældende, at klausulen udgør en de facto-binding af to kategorier af forhandlere, nemlig »dem, som kan tilføje en yderligere fryser, og dem, som kan udskifte deres nuværende fryser«. Den anfægtede beslutning har påvist detailhandlernes forbehold mod at installere en yderligere fryser på grund af den plads, som fryseren optager, som kan anvendes til at stille andre produkter frem. I den anfægtede beslutning påvistes det endvidere, at de forhandlere, der ikke havde nok plads, men som kunne udskifte den nuværende fryser enten med en fryser leveret af en anden fabrikant eller med deres egen fryser, ikke var tilbøjelige til at gøre det, idet det for forhandlerne ville medføre yderligere ansvar såsom vedligeholdelsespligten for forhandlere, som købte deres egen fryser, og tabet af HB-produkter for forhandlere, som installerede en anden isfabrikants fryser.
- 62 Det ifølge Kommissionen virkelige spørgsmål, som Retten bør behandle, er, hvorvidt der er blevet ført tilstrækkeligt bevis for den konklusion, som er blevet foretaget i den anfægtede beslutnings betragtning 143, og hvorefter »[d]enne begrænsning har den virkning, at disse konkurrerende leverandører udelukkes fra at sælge deres produkter til disse forretninger, hvorved konkurrencen mellem leverandører på det relevante marked begrænses«. Kommissionen er af den opfattelse, at den anfægtede beslutning til fulde redegør for de problemer, som opleves af forhandlere, der ønsker at sælge andre ismærker.

- 63 Kommissionen har henledt opmærksomheden på, at den anfægtede beslutning alene tilsigter at give detailhandlerne erhvervsmæssig frihed og at tillade rivaliserende fabrikanter at konkurrere på baggrund af kvaliteten af deres produkter. I realiteten gælder det om at vide, hvorvidt detailhandlerne, som i sidste ende betaler for de fryser, som installeres i deres butikker, har frihed til deri at opbevare ismærker af eget valg. Den anfægtede beslutning påviste det dilemma, som detailhandlere, som ønsker at opbevare flere ismærker, befinder sig i. Hvis forhandleren med henblik på at sælge is af andre mærker end HB skal installere en yderligere fryser eller ophøre med at sælge HB-produkter, er han ikke tilbøjelig til at sælge andre mærker. Forretningerne er som følge heraf lukkede for alle konkurrerende mærker uanset disse produkters kvalitet. Kommissionen vurderer, at dette dilemma er nøjagtig det samme som det dilemma, som blev behandlet i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 108, og i Rettens dom af 8. juni 1995 (sag T-9/93, Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 1611, præmis 84). I disse domme gav Retten Kommissionen medhold i, at fryser-eksklusivitetsklausuler udgjorde »en omstændighed, der [var] med til at vanskeliggøre adgangen til markedet«.
- 64 HB udnyttede ifølge Kommissionen dette dilemma til virksomhedens fordel ved at anvende eksklusivitetsklausulen som hindring for nye konkurrenters adgang. HB's udgifter til fryserne gjorde det muligt for virksomheden at udelukke de andre leverandører fra markedet. Kommissionen har bestridt HB's argumenter om, at detailhandlerne var tilfredse med deres aftaler med HB, og at de ikke havde interesse i at sælge andre ismærker. Kommissionen har anerkendt, at eksklusivitetsklausulen indebar fordele for parterne, men har bemærket, at denne omstændighed ikke medfører, at aftalen ikke var konkurrencebegrænsende.
- 65 For så vidt angår detailhandlernes mulighed for at opsigte aftalerne med HB har Kommissionen understreget, at der som et afgørende forhold skal tages hensyn til aftalens økonomiske virkning. Lansdowne-undersøgelsen viste imidlertid, at de detailhandlere, som havde en HB-fryser, sjældent udnyttede retten til at udskifte denne med en fryser af andet mærke eller til at købe en egen fryser.

- 66 Kommissionen fandt ligeledes, at det var muligt at adskille leveringen af is fra leveringen af frysere. Det var således ikke nødvendigt for isfabrikanterne at besidde frysere. HB har anerkendt denne sondring, idet virksomheden i 1995 og i 1996 tilsendte Kommissionen to forskellige forslag, som skulle gøre det muligt for virksomheden at opnå en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, og hvori ejendomsretten til fryserne adskiltes fra leveringen af is.
- 67 Mars har gjort gældende, at frysereksklusivitetsordningen ved at sammenknytte succes på markedet med succes med at opnå adgang til forretningerne forvrængede konkurrencen ved at give den eksisterende leverandør en illoyal fordel i forhold til mindre betydelige leverandører eller nye virksomheder på markedet, som formodentlig ikke havde et komplet sortiment af produkterne.
- 68 Kommissionen har bestridt HB's argument om, at procentdelen af det relevante marked, som var afskærmet, var på 6% i stedet for 40% som anført i den anfægtede beslutning.
- 69 Den anfægtede beslutning påviser, hvor besværligt det er for en nytilkommen virksomhed at få adgang til det relevante marked på grund af eksklusivitetsklausulen (betragtning 185-200). Under alle omstændigheder er der årsagssammenhæng mellem den praksis, som bestod i at levere frysere, der alene skulle anvendes af HB, og konkurrenternes lave markedsandele (betragtning 185-194).
- 70 Kommissionen har bestridt HB's argument om, at aftalerne med detailhandlerne falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 på grund af anvendelsen af rule of reason og Pronuptia-dommen. Indholdet af den aftale, som blev vurderet af Domstolen i Pronuptia-dommen, var anderledes.

- 71 Kommissionen har ligeledes bestridt HB's fortolkning af Delimitis-dommen (jf. præmis 55 ovenfor). Den har bemærket, at i denne dom undersøgte Domstolen, hvorvidt det var muligt for en ny konkurrent at indgå i det aftalekompleks, som eksisterede på det relevante marked. Modsat det af HB anførte var det minimale antal forretninger, som var nødvendige for at kunne drage fordel af et distributionsnet, ikke et kriterium, som Domstolen anvendte, men blot et element ved vurderingen af, om der eksisterede konkrete muligheder for at indgå i aftalekomplekset.
- 72 Således fastslog Domstolen i Delimitis-dommen, at det er nødvendigt først at fastslå, hvorvidt der tydeligvis eksisterer et »lignende aftalekompleks« på det relevante marked. I Irland er størstedelen af de frysere, som er installeret i forretningerne, imidlertid leveret af HB (betragtning 152 til den anfægtede beslutning). Herefter er det nødvendigt at undersøge mulighederne for at trænge ind på det relevante marked. Kommissionen har afvist, at en sådan mulighed konkret eksisterede. Endvidere udtalte Domstolen i Delimitis-dommen, at der skal tages hensyn til de omstændigheder, hvorunder konkurrencen på det relevante marked udspiller sig. I den anfægtede beslutning identificeredes de problemer, som nye virksomheder oplevede på grund af den eksklusive anvendelse af HB-frysere, som afskrækkede detailhandlerne fra at opbevare andre produkter, og som skabte logistiske og finansielle hindringer for adgangen til markedet. Kommissionen vurderede, at HB's argument om, at en ny virksomhed er tilbøjelig til at konkurrere med sine rivaler »ved at opføre sig på den for sektoren karakteristiske måde«, for det første ikke fremgår af de domme, HB har henvist til, og for det andet ikke kan godtages, såfremt hele den berørte sektor anvender en praksis, som strider mod traktatens artikel 85 og 86.
- 73 Kommissionen anser alene den i Delimitis-dommen nævnte afhængighedstærskel for et blandt mange forhold i den økonomiske og juridiske sammenhæng, som aftalesystemet skal vurderes i forhold til, hvilket ligeledes fremgår af dommene i sagerne Langnese-Iglo mod Kommissionen og Schöller mod Kommissionen.
- 74 Rettens analyse i disse to domme bør ifølge Kommissionen anvendes på den foreliggende sag. Rettens konklusion, hvorefter frysereksklusivitetsklausulerne

gjorde adgangen til markedet mere vanskelig, finder anvendelse på den omhandlede eksklusivitetsklausul, eftersom Retten fastslog, at det udgjorde en hindring for markedsadgangen, hvis en ny virksomhed var nødt til at opbygge et forhandlernet.

Rettens bemærkninger

- 75 Med det to første anbringender har HB kritiseret Kommissionen for, at den begik en række åbenbare fejl i analysen vedrørende eksistensen af og graden af en afskærmning af det relevante marked som resultat af de omhandlede distributionsaftaler. Sagsøgeren har bl.a. anført, at Kommissionen, idet den betydeligt overvurderede markedsafskærmningsgraden, har tilsidesat traktatens artikel 85, stk. 1.
- 76 HB har særligt anfægtet Kommissionens hovedkonklusion i den anfægtede beslutning, hvorefter 40% af forretningerne i Irland reelt var knyttet til HB gennem eksklusivitetsklausulen, og adgangen til disse forretninger som følge heraf var lukket for andre leverandører (jf. bl.a. betragtning 143, 156 og 184). Det er sagsøgerens opfattelse, at denne konklusion både retligt og med hensyn til fakta er grundlæggende urigtig, idet Kommissionen ikke på korrekt vis anvendte de juridiske kriterier til fastlæggelse af, om det relevante marked er afskærmet. HB har bebrejdet Kommissionen, at den ikke foretog en sondring mellem på den ene side de detailhandlere, som var kontraktmæssigt forhindret i at opbevare andre leverandørers is, og på den anden side de forhandlere, som frit kunne foretage denne opbevaring, og som havde den nødvendige plads hertil, men som ud fra deres egen forretningsmæssige vurdering valgte ikke at gøre dette. Ifølge HB valgte disse detailhandlere frit, hvilke is de ville opbevare, bl.a. ud fra kvaliteten af produkterne. Sagsøgeren har gjort gældende, at den omstændighed, at andre fabrikanter havde problemer med at trænge ind på det relevante marked, ikke var forårsaget af eksklusivitetsklausulen, men af den omstændighed, at deres is var mindre tiltrækkende for forhandlerne og forbrugerne.

- 77 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke blot undersøgte indholdet af HB's distributionsaftale, som ikke formelt hindrede detailhandlernes opbevaring af andre leverandørers is i forretningerne, men ligeledes undersøgte anvendelsen af aftalerne på det relevante marked, og hvilke forretningsmæssige muligheder som reelt eksisterede for forhandlerne i henhold til aftalerne. Efter at have foretaget en analyse af mulighederne for at overtale en forhandler til at opbevare is fra en ny virksomhed på det relevante marked, fandt Kommissionen, at det for så vidt angik 40% af forretningerne — dvs. de forretninger, som udelukkende havde en fryser leveret af HB til opbevaring af is, og som ikke rådede over deres egen fryser eller en fryser leveret af en anden isfabrikant — var »mindre sandsynligt«, at forhandleren ville træffe de nødvendige foranstaltninger til udskiftning af HB-fryserne med deres egen fryser eller en fryser leveret af en konkurrerende fabrikant, eller at de ville afsætte den nødvendige plads til installation af en yderligere fryser. Kommissionen konkluderede, at eksklusivitetsklausulen i HB's distributionsaftaler i realiteten medførte, at 40% af forretningerne på det relevante marked var pålagt eksklusivitet, og at HB i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, havde bidraget væsentligt til en afskærmning af markedet.
- 78 Der er ikke enighed mellem parterne om, hvorvidt den faktuelle analyse, som Kommissionen foretog af det relevante markeds særpræg i den anfægtede beslutning og den af analysen dragne konklusion om, at eksklusivitetsklausulen er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, er korrekt.
- 79 Det skal ligeledes bemærkes, at på trods af de meget detaljerede argumenter, som parterne har fremført i deres skriftlige indlæg og under retsmødet vedrørende analysen af de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde og den heraf dragne konklusion, er der i realiteten ikke uenighed mellem parterne om en række af de faktiske forhold, som kendetegner det relevante marked (jf. præmis 42 ovenfor). Dette gælder bl.a. følgende forhold:
- Impulsisene bør opbevares ved lav temperatur og skal følgelig være i en fryser i detailhandlernes forretninger.

- Isfabrikanterne og distributørerne i Irland og hele Europa anvender i vidt omfang en praksis, som består i at levere fryserne til detailhandlerne under anvendelse af en eksklusivitetsklausul. Som følge af eksklusivitetsklausulen skal en forhandler, som kun råder over en eller flere HB-fryserne, og som ønsker at sælge andre ismærker, enten udskifte HB's fryser eller fryserne eller installere en yderligere fryser.

- I modsætning til klausulerne i de leveringsaftaler, der var genstand for dommene i sagerne Langnese-Iglo mod Kommissionen og Schöller mod Kommissionen, som pålagde forhandlerne i Tyskland kun at sælge produkter i deres forretninger, som var købt direkte af selskaberne Langnese-Iglo og Schöller, hindrer den foreliggende eksklusivitetsklausul ikke detailhandlerne i at sælge andre ismærker end HB's, såfremt de fryserne, som HB har stillet til deres rådighed, udelukkende anvendes til denne virksomheds produkter.

- HB har i længere tid indtaget stillingen som »markedsleder« i Irland på markedet for impulsis. Virksomhedens produktsortiment er meget populært og har stor forretningsmæssig succes. Virksomheden har opnået denne stilling på grund af betydelige investeringer i udviklingen og markedsføringen af et komplet udvalg af is, som har et godt omdømme i Irland.

- I overensstemmelse med indholdet af HB's distributionsaftaler kan de forhandlere, som har indgået en leveringsaftale, opsige aftalen til enhver tid med to måneders varsel. Det er ubestridt, at HB i praksis ikke håndhæver opsigelsesfristen over for forhandlere, som ønsker at opsige aftalen med kortere varsel eller umiddelbart.

- Impulsis er et marginalt produkt for de fleste detailhandlere i Irland (idet det kun repræsenterer en begrænset procentdel af en forretnings omsætning og overskud), hvor salget er sæsonbetonet. Produktet konkurrerer i forretningerne om pladsen med en række andre produkter (impuls- og ikke-impulsprodukter).

- HB er en del af Unilever-koncernen. Virksomhederne i denne koncern er hovedleverandører af konsumis i de fleste medlemsstater. På markedet for impulsis indtager selskaberne en ledende position i flere medlemsstater.

80 Det bemærkes indledningsvis, at eksklusivitetsklausulen ikke bestemmer, at detailhandlerne kun må sælge HB-produkter i deres forretninger. Klausulen udgør derfor ikke formelt en eksklusiv købsforpligtelse, som har til formål at begrænse konkurrencen på det relevante marked. Det skal således for det første undersøges, om Kommissionen tilstrækkeligt har godtgjort, at frysereksklusivitetsklausulen under de særlige omstændigheder på det relevante marked i realiteten fungerede som en eksklusivitet, der blev pålagt visse forretninger, og om Kommissionen beregnede graden af afskærmning korrekt. Det skal herefter undersøges, hvorvidt afskærmningsgraden i givet fald er tilstrækkelig høj til at udgøre en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1. Det bemærkes herved, at domstolskontrollen af de af Kommissionens retsakter, der vedrører komplicerede økonomiske vurderinger, må begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt af, om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning (jf. i denne retning Domstolens domme af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62, og af 15.6.1993, sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, præmis 23 og 25, og Rettens dom af 29.6.1993, sag T-7/92, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 669, præmis 33).

81 Beregningen af markedsafskærmningsgraden i den anfægtede beslutning bygger hovedsageligt på de oplysninger og det statistiske materiale, som er indeholdt i Lansdowne-undersøgelsen. Endvidere henvises der ofte i beslutningen til en undersøgelse af det relevante marked, som blev bestilt af HB og foretaget i 1996 af Behaviour & Attitudes Ltd, som er en markedsundersøgelsesvirksomhed (herefter »B & A-undersøgelsen«), og til en undersøgelse foretaget for Mars i 1996 af Rosslyn Research Ltd (herefter »Rosslyn-undersøgelsen«). Disse undersøgelser indeholder to typer oplysninger, nemlig for det første rent faktiske oplysninger vedrørende antallet af forretninger i Irland, antallet af fryserne pr. forretning og beregningen af antallet af fryserne, som tilhørte detailhandlerne eller var leveret af isfabrikanter, og for det andet oplysninger indeholdende statistiske bearbejdningsoplysninger, som var indhentet gennem en meningsmåling foretaget hos et repræsentativt udsnit af forhandlerne i Irland. Kommissionen byggede sin konklusion i den anfægtede beslutnings betragtning 156 på en analyse af de relevante oplysninger i disse undersøgelser, nemlig at hos 40% af forretningerne på det relevante marked var den eller de eneste fryserne, som var bestemt til opbevaring af impulsis, og som var installeret i forretningen, blevet leveret af HB (jf. betragtning 87-125 og 146-156 til den anfægtede beslutning). Det bemærkes, at parterne ikke har anfægtet rigtigheden af dette tal, og HB har i sine bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter fra 1997 bekræftet, at virksomheden anerkendte dette tal.

82 Ved bedømmelsen af Kommissionens vurdering af eksistensen og graden af afskærmning af det relevante marked kan Retten ikke begrænse sig til at vurdere eksklusivitetsklausulens virkninger isoleret betragtet og kun henvise til de kontraktmæssige begrænsninger, som HB igennem distributionsaftalerne pålægger de enkelte detailhandlere.

83 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt HB's distributionsaftaler falder ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, skal det i overensstemmelse med retspraxis undersøges, om vurderingen af alle lignende aftaler, der er indgået på det relevante marked, og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder omkring de pågældende aftaler fører til, at de tilsammen bevirker, at nye inden- og udenlandske konkurrenter hindres adgang til markedet. Såfremt undersøgelsen viser, at dette ikke er tilfældet, vil de enkelte aftaler, som aftalekomplekset består af, ikke kunne begrænse konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 85,

stk. 1. Fører undersøgelsen derimod til, at adgangen til markedet er vanskelig, må det dernæst vurderes, i hvilket omfang de omtvistede aftaler bidrager til den kumulative virkning, idet det kun er de aftaler, der i væsentligt omfang bidrager til en eventuel afskærmning af markedet, der er forbudt (jf. Delimitis-dommen, præmis 23 og 24, og Langnese-Iglo-dommen, præmis 99).

- 84 Det følger heraf, at de kontraktmæssige begrænsninger, som detailhandlerne er pålagt, i modsætning til det af HB påståede bør undersøges ikke udelukkende ud fra en rent formel juridisk synsvinkel, men ligeledes ved at inddrage den særlige økonomiske sammenhæng, som de pågældende aftaler indgår i, herunder det relevante markeds særlige kendetegn, som i realiteten kan forstærke begrænsningerne og således i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, fordreje konkurrence på dette marked.
- 85 Det bemærkes, at eksklusivitetsklausulen i HB's distributionsaftaler udgjorde en del af en række lignende aftaler, som var indgået af fabrikanterne på det relevante marked, og som var en almindelig praksis ikke blot i Irland, men også i andre lande (jf. præmis 79 ovenfor).
- 86 HB har således ikke bestridt, at omkring 83% af detailhandlerne i Irland i 1986 havde fryser leveret af fabrikanterne og var underlagt betingelser svarende til dem, som var fastsat ved eksklusivitetsklausulen. Den praktiske konsekvens af aftalekomplekset bestod i den omstændighed, at de isfabrikanter, som ikke havde installeret fryser i en af disse 83% af forretningerne, ikke kunne få direkte adgang til at sælge deres produkter, medmindre forhandleren enten udskiftede en eksisterende fryser med en egen fryser eller med en fryser fra en anden leverandør eller ved yderligere at installere en egen fryser eller en fryser tilhørende en ny leverandør. En detailhandler kan ikke uden at tilsidesætte fryseraftalen opbevare is fra en anden fabrikant i denne fryser ved siden af isene fra fryserleverandøren,

selv om der eksisterer en efterspørgsel efter andre mærker. Som følge heraf havde kun de 17% af forretningerne, som rådede over en egen fryser, opbevaringsplads til is af ethvert mærke. Endvidere følger det af Lansdowne-undersøgelsen, at 61% af alle leverandørfrysere på det relevante marked var ejet af HB, 11% af Mars, 9% af Valley og 8% af Nestlé (jf. betragtning 88 til den anfægtede beslutning). Ifølge Rosslyn-undersøgelsen stammede 64% af leverandørfryserne på det relevante marked fra HB, 14% fra Mars og 4% fra Valley (jf. betragtning 107 til den anfægtede beslutning).

- 87 Det fremgår af sagen, at de vigtigste forretninger i forbindelse med salg af impulsis normalt er arealmæssigt små og derfor underlagt særlige pladsmæssige begrænsninger (jf. betragtning 43 til den anfægtede beslutning). HB's argument, der er nævnt i præmis 47, og hvorefter Kommissionen har overvurderet detailhandlernes pladsbegrænsninger, kan ikke tages til følge. Selv om antallet af fryser i Irland steg med omkring 16% mellem 1991 og 1996, som HB har anført i sine skriftlige indlæg, betyder dette ikke, at der på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning ikke forelå sådanne begrænsninger. Lovligheden af den anfægtede beslutning skal bl.a. bedømmes ud fra de faktiske omstændigheder, som forelå på tidspunktet for beslutningens vedtagelse. Det skal hertil bemærkes, at HB ikke har anfægtet Kommissionens konstatering, hvorefter det optimale antal fryser, der kan være i en forretning, når sæsonen er på sit højeste, i 1996 (jf. betragtning 147), dvs. umiddelbart efter den stigning i antallet af fryser i Irland, som HB har henvist til, og to år før vedtagelsen af den anfægtede beslutning, efter detailhandlernes opfattelse næsten var nået. Ydermere fandt 87% af detailhandlerne ifølge Lansdowne-undersøgelsen, at det ikke var økonomisk rentabelt at afsætte plads til installeringen af en yderligere fryser (jf. betragtning 97 til den anfægtede beslutning).

- 88 Det kan endvidere ikke benægtes, at markedet for de omhandlede produkter er karakteriseret ved, at det er nødvendigt for hver enkelt detailhandler at råde over mindst en fryser — som han selv ejer, eller som er blevet leveret af en isfabrikant

— til opbevaring og udstilling af isene (jf. præmis 79 ovenfor). Detailhandlere, som sælger impulsprodukter såsom sukkervarer, chips og kulsyreholdige drikke, træffer således en forskellig afgørelse alt efter, om en isproducent foreslår salg af sine produkter, som erstatning for eller supplement til et eksisterende sortiment, eller på den anden side, om en fabrikant af andre produkter, såsom cigaretter eller chokolade, som ikke kræver en fryser, men et almindeligt hyldearrangement, fremsætter et lignende forslag. En detailhandler kan ikke blot i en prøveperiode opbevare et nyt ismærke ved siden af eksisterende produkter for at fastslå, om der eksisterer en tilstrækkelig efterspørgsel efter dette mærke. Detailhandleren skal først træffe en forretningsmæssig afgørelse om, hvorvidt investeringerne, risici og andre ulemper forbundet med installering af en fryser eller en yderligere fryser, herunder omplaceringen og det formindskede salg af andre ismærker og andre produkter, bliver opvejet af merindtægterne. En rationel detailhandler tildeler følgelig kun plads til en fryser til opbevaring af et bestemt ismærke, såfremt salget af dette produkt er mere rentabelt end salget af andre impulsprodukter.

89 Det bemærkes, at under de i præmis 85-88 beskrevne omstændigheder udgør leveringen »pr. kulance« af en fryser, HB's is' åbenbare popularitet, udstrækningen af dets produktsortiment og fordelene forbundet med salget af disse produkter, betragtninger af stor betydning for detailhandlerne, når de undersøger muligheden for at installere en yderligere fryser til salg af et andet — og måske mindre — sortiment af is, eller, a fortiori, muligheden for at opsigte distributionsaftalen med HB for at erstatte dennes fryser med enten en egen fryser eller med en fryser tilhørende en anden leverandør, og som højst sandsynligt vil være underlagt en eksklusivitetsbetingelse.

90 Endvidere bemærkes, at HB igennem flere år havde indtaget en dominerende stilling på det relevante marked. Virksomheden havde, da den anfægtede beslutning blev vedtaget, en markedsandel på 89% af det relevante marked både med hensyn til mængde og omsætning, idet den resterende del var fordelt mellem adskillige mindre leverandører (jf. Rettens vurdering i præmis 155 og 156 nedenfor). Denne position illustreres endvidere ved HB-mærkets omdømme samt

betydningen og populariteten af dets produktsortiment i Irland. Kommissionen kunne i den sammenhæng med rette i sin vurdering af eksklusivitetsklausulens indvirkning på det relevante marked tage i betragtning, at HB indtog en dominerende stilling på dette marked med henblik på at bedømme markedsvilkårene, og denne vurdering var modsat HB's påstand ikke »forvrænget«. Det følger af fast retspraksis på området, at den omstændighed, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed (jf. Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57, og af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1365, præmis 37).

- 91 Ved at tage hensyn til populariteten af HB-is og denne virksomheds stilling på det relevante marked straffede Kommissionen endvidere ikke virksomheden for dens lovlige forretningsmæssige succes. Kommissionen identificerede blot forhandlerenes reelle afhængighed, som var skabt af tilstedeværelsen af HB-leverede fryserne i forretningerne, HB's markedsdominerende stilling på det relevante marked, populariteten af virksomhedens produktsortiment, begrænsningerne knyttet til pladsmangelen, som kendetegnede de typiske forretninger, ulemperne og risici forbundet med opbevaringen af et andet assortiment, hvilket alle er forhold, som indgår i den økonomiske sammenhæng i det foreliggende tilfælde.
- 92 Det skal fastslås, at de foranstaltninger, som HB traf med henblik på at sikre overholdelsen af eksklusivitetsklausulen, bevirkede, at detailhandlerne reagerede anderledes over for virksomhedens produkter end over for andre ismærker på en måde, som kan fordreje konkurrencen på det relevante marked. Virkningerne er klart godtgjort ved den omstændighed, at detailhandlerne opbevarer is af andre mærker ved siden af HB-is i samme fryser, når de antager, at de frit kan gøre det.
- 93 Det fremgår af sagen og den anfægtede beslutning (jf. betragtning 48), at Mars siden dets indtræden på det relevante marked i 1989 erobrede en del heraf, men at HB's reaktion og virksomhedens insisteren på, at detailhandlerne overholdt

eksklusivitetsklausulen, medførte, at udviklingen blev vendt. Efter det foreløbige forbud, som High Court nedlagde ved kendelse i 1990, og som forbød Mars at tilskynde detailhandlere til at opbevare Mars-isprodukter i HB's fryser, faldt virksomhedens talmæssige distribution på impulsmarkedet i Irland fra 42% til mindre end 20%. Denne omstændighed antyder i sig selv, at der på det relevante marked eksisterede en efterspørgsel efter produkter, som var fremstillet af HB's konkurrenter, og at eksklusivitetsklausulen påvirkede disse konkurrenters mulighed for at trænge ind og etablere sig på markedet.

- 94 B & A-undersøgelsen viser endvidere, at en betydelig del af forhandlerne (mere end [...] ¹%) ville være rede til at føre et større produktsortiment, såfremt eksklusivitetsklausulerne i distributionsaftalerne med isleverandørerne ophørte med at eksistere (jf. betragtning 120 til den anfægtede beslutning), hvilket endvidere viser, at klausulerne i modsætning til HB's argumenter (jf. præmis 51 ovenfor) ville kunne føre til en reduktion ikke blot i forbrugernes valg, men også i priskonkurrencen mellem forhandlerne. Modsat HB's påstand beviser den omstændighed, at ca. 44% af forretningerne sælger to ismærker, ikke, at interbrand-konkurrencen ikke blev påvirket af eksklusivitetsklausulen.
- 95 I de irske supermarkeder, som ikke praktiserer frysereksklusivitet, sælges is fra andre leverandører end HB ved siden af HB's produkter. Under retsmødet gjorde Richmond gældende, at virksomheden i Irland leverer til 65% af supermarkederne, men kun til 8% af detailhandlerne. Desuden skal det bemærkes, at i Det Forenede Kongerige, hvor distributionssystemet for impulsis er anderledes, har Richmond opnået en markedsandel på 24%, hvorimod andelen på det relevante marked ikke overstiger 2%. Alle disse elementer bekræfter, at såfremt det er muligt at opbevare et andet ismærke i samme fryser, er et betydeligt antal detailhandlere rede til at gøre dette. Det forhold, at de ikke gjorde det, skyldtes de fremherskende eksklusivitetsklausuler på det relevante marked.

1 — Udeladte fortrolige oplysninger.

96 Det bemærkes endvidere, at Kommissionens konklusion, hvorefter adgangen til det relevante marked for HB's konkurrenter hindres ved eksklusivitetsklausulens eksistens, er underbygget af den vurdering, HB selv gav af klausulens fordele. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Unilever-koncernen ved Mars' indtræden på det europæiske marked i slutningen af 1980'erne tillagde det særlig betydning at levere fryserne på betingelse af eksklusivitet (betragtning 64-68 til den anfægtede beslutning), og virksomheden fandt selv, at denne praksis kunne medføre, at de omhandlede forretninger pålagdes eksklusivitet. I et dokument fra Unilever-koncernen fra 1989 med titlen »European Ice Cream Marketing Strategy« henvises til betydningen af frysereksklusivitet med bevarelse af ejendomsretten til fryseren:

»Vi må bevare ejendomsretten til fryseren, navnlig når distributionen foretages af tredjeparter, for — så vidt muligt gennem eksklusivkontrakter — at sikre, at der kun leveres et enkelt mærke til fryseren og, de facto, til forretningen.«

97 I lyset af ovenstående betragtninger skal det fastslås, at Kommissionen tilstrækkeligt har bevist, at der, uanset omdømmet for HB's produkter på det relevante marked og den omstændighed, at HB tilbyder et komplet sortiment af is, hvoraf mange er meget populære hos forbrugerne, er objektive og præcise holdepunkter for, at der i Irland eksisterer en efterspørgsel efter is fra andre fabrikanter, når disse er tilgængelige, selv om disse fabrikanter råder over et mindre sortiment, nemlig vedrørende is fra fabrikanter, der som Mars udfylder klart afgrænsede nicher. Kommissionen har i denne sammenhæng godtgjort, at et betydeligt antal detailhandlere er rede til at opbevare impulsis fra forskellige fabrikanter, såfremt de kan opbevare isene i samme fryser, og at detailhandlerne ikke er rede til at gøre det, såfremt de er nødsaget til at installere en yderligere fryser tilhørende dem selv eller en anden fabrikant. Det følger heraf, at HB's argument om, at detailhandlernes modvilje mod at sælge andre isfabrikanters produkter ikke kan tilskrives eksklusivitetsklausulen, men snarere skyldes, at der ikke på det relevante marked eksisterer en efterspørgsel efter disse produkter, ikke kan lægges til grund.

- 98 Det skal ligeledes fastslås, at Kommissionen, henset til de pågældende produkters særlige kendetegn og den konkrete økonomiske sammenhæng, med rette kunne anse HB's aftalekomplekser og leveringen »pr. kulance« af fryserne på betingelse af eksklusivitet for havende en betydelig afskrækkende virkning på detailhandlerne for så vidt angår installeringen af deres egen fryser eller en anden fabrikants fryser, og aftalerne bandt reelt de forretninger, som kun rådede over HB-fryserne, dvs. 40% af forretningerne på det relevante marked. På trods af den omstændighed, at detailhandlere, som kun rådede over HB-fryserne, i teorien havde mulighed for at sælge andre fabrikants is, bevirkede eksklusivitetsklausulen en begrænsning af detailhandlernes forretningsmæssige frihed til at vælge, hvilke produkter de ville sælge i deres forretninger.
- 99 HB har imidlertid gjort gældende, at hvis Retten skulle finde, at eksklusivitetsklausulen de facto bandt forretningerne, overstiger den markedsafskærmning, som følger af distributionsaftalerne, ikke 6% af det samlede antal forretninger på det relevante marked, og udgør ikke en mærkbar begrænsning af konkurrencen på markedet. Kommissionens konklusion, hvorefter 40% af forretningerne på det relevante marked reelt er afskærmede, er ifølge sagsøgeren åbenbart fejlagtig. HB har navnlig bemærket, at dette tal er for højt, bl.a. fordi det medtager tre kategorier af forretninger, som ikke kan anses for afskærmede (jf. præmis 46 ovenfor). Ved beregningen af afskærmningsgraden på det relevante marked skal der kun tages hensyn til de forretninger, hvor detailhandlerne ønsker at skifte isleverandør, men ikke har mulighed herfor.
- 100 Dette argument bør forkastes.
- 101 I modsætning til HB's påstand (jf. præmis 46 og 47 ovenfor) kan detailhandlerne i de 6% af forretningerne, som har mere end en HB-fryser (og som således har plads til at installere endnu en fryser), ikke udskifte en HB-fryser, medmindre de vurderer, at denne udskiftning og salget af et andet ismærke gør det muligt at

opnå mindst den samme omsætning, som de havde med HB-is. Det fremgår imidlertid af sagen, at detailhandlerne i realiteten kun sjældent vælger at udskifte en af HB-fryserne med en fryser tilhørende dem selv eller en anden fabrikant bl.a. på grund af HB's stilling og popularitet på det relevante marked.

- 102 Det skal fastslås, at de omhandlede 6% af forretningerne og de 27% af forretningerne, som råder over en HB-fryser, og hvor indehaveren angiveligt ikke er interesseret i at opbevare andre ismærker end HB (jf. HB's fortolkning af oplysningerne i Lansdowne-undersøgelsen), ikke skal udelukkes fra beregningen af markedsafskærmningsgraden på det relevante marked. Disse detailhandlere befinder sig på grund af eksklusivitetsklausulen i en situation, som forvrider deres forretningsmæssige muligheder. Henset til bl.a. HB's stilling på det relevante marked samt den omstændighed, at ingen af virksomhedens konkurrenter råder over et lige så komplet produktsortiment, samt de i præmis 87 anførte pladsbegrænsninger, er de pågældende detailhandlers mulighed for at sælge produkter fra andre fabrikanter — navnlig når fabrikanterne kun har et begrænset sortiment — ikke et tilstrækkeligt incitament til at udskifte fryserne fra HB eller at installere en anden fryser (jf. analogt dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 108).

- 103 Hvad angår den tredje kategori af forretninger, dvs. de forretninger, hvor detailhandlerne angiveligt er interesserede i at opbevare andre ismærker og har mulighed herfor, men som afstår herfra, varierer antallet — i henhold til HB's oplysninger, som bygger på en fortolkning af Lansdowne-undersøgelsen — mellem 2% og 5%. På trods af, at denne kategori ikke er klart defineret af HB, udgør den imidlertid kun en ubetydelig del af de samlede 40% og kan ikke afkræfte Kommissionens konklusion i den anfægtede beslutning, hvorefter andelen af HB's aftalekomplekser udgjorde omkring 40% af det samlede antal forretninger på det relevante marked.

104 For så vidt angår de to sidste kategorier af forretninger skal det endvidere bemærkes, at de tal, HB fremlagde på baggrund af sin fortolkning af Lansdowne-undersøgelsen, ikke kan afsvække Kommissionens vurdering med hensyn til afskærmingsgraden på det relevante marked. Da HB ikke har forklaret, hvorfor for det første 27% af forretningerne ikke skulle være interesserede i at opbevare andre ismærker end HB's, og for det andet 2%-5% af forretningerne, som ville være interesserede i opbevaring af andre ismærker, alligevel ikke traf de nødvendige foranstaltninger for at muliggøre dette, skal det fastslås, at det er sandsynligt, at disse omstændigheder kan tilregnes de af Kommissionen fremførte faktorer (jf. bl.a. betragtning 157-184 til den anfægtede beslutning), som forstærker de begrænsninger af konkurrencen på det relevante marked, som skyldes eksklusivitetsklausulen, og som skaber en effektiv forretningsmæssig afhængighed hos detailhandlerne over for HB.

105 Hvad angår HB's argument om, at den ved eksklusivitetsklausulen pålagte frysereskklusivitet ikke kan anses for en eksklusivitet, der er pålagt forretningerne, idet detailhandlerne har mulighed for til enhver tid at opsigte distributionsaftalerne med HB, bemærkes, at denne mulighed ikke hindrer den effektive gennemførelse af de omhandlede aftaler, så længe der ikke gøres brug heraf. Ved vurderingen af distributionsaftalernes virkning på det relevante marked skal der følgelig tages hensyn til aftalernes reelle varighed (jf. analogt dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 111). HB har med rette understreget, at i modsætning til situationen i andre medlemsstater, hvor eksklusivitetsklausulen kombineres med en kontraktmæssig forpligtelse over adskillige måneder eller adskillige år, foreligger der i den konkrete situation den mulighed — hvilket Kommissionen har anerkendt — at detailhandlerne opsiger eksklusivitetsklausulen med meget kort varsel eller endog uden varsel. Dette argument er overbevisende, såfremt muligheden kommer til udtryk i praksis, og såfremt forretningerne således regelmæssigt er tilgængelige for nye virksomheder på det relevante marked. Dette er, som Kommissionen har godtgjort, imidlertid ikke tilfældet, idet HB's distributionsaftaler i gennemsnit opsiges hvert ottende år. Argumentet om, at der foreligger en mulighed for at opsigte distributionsaftalerne med HB, er følgelig ikke overbevisende, idet denne mulighed reelt ikke mindsker graden af afskærmning af det relevante marked.

- 106 For så vidt angår HB's argument om anvendelse af rule of reason i det foreliggende tilfælde skal det understreges, at der i Fællesskabets konkurrenceret ikke eksisterer en sådan regel. Den fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, der ønskes anvendt af HB, er endvidere vanskeligt forenelig med artikel 85's normative opbygning.
- 107 I traktatens artikel 85, stk. 3, gives nemlig udtrykkeligt mulighed for at fritage konkurrencebegrænsende aftaler, såfremt disse opfylder en række betingelser, bl. a. aftaler, som er nødvendige for at opnå visse mål, og som ikke giver virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. Kun i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, kan der ske en afvejning af en begrænsnings konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter (jf. i denne retning Pronuptia-dommen, præmis 24, Rettens dom af 15.7.1994, sag T-17/93, Matra Hachette mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 48, og 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). Traktatens artikel 85, stk. 3, ville miste en stor del af sin effektive virkning, hvis en sådan afvejning allerede skulle finde sted i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1 (jf. i denne retning Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 133, Rettens dom af 10.3.1992, sag T-14/89, Montedipe mod Kommissionen, Sml. II, s. 1155, præmis 265, af 6.4.1995, sag T-148/89, Tréfilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 109, og ligeledes Rettens dom af 18.9.2001, sag T-112/99, M6 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2459, præmis 72-74).
- 108 Endvidere kan det ikke med sikkerhed udledes af den omstændighed, at den omhandlede del af HB's aftalekompleks vedrører ca. 40% af det samlede antal forretninger på markedet, at denne del automatisk kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen mærkbart. Denne omstændighed indebærer, således som HB har gjort gældende under retsmødet, at 60%, dvs. et flertal af forretningerne på det relevante marked, ikke er afskærmet på grund af eksklusivitetsklausulen.

- 109 For at bedømme virkningerne af komplekset af distributionsaftaler er det nødvendigt at tage hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i, og hvor den sammen med andre aftaler kan have en kumulativ virkning for konkurrencen (jf. Delimitis-dommen, præmis 14, og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 100).
- 110 I det foreliggende tilfælde tog Kommissionen i den anfægtede beslutning hensyn til virkningerne på konkurrencen som følge af ikke blot HB's distributionsaftaler, men ligeledes af de forskellige aftalekomplekser vedrørende fryserne underlagt en eksklusivitetsklausul, som var leveret af andre leverandører på det relevante marked. Det fremgår af den anfægtede beslutning, at 55% af forretningerne havde kun en eller to HB-fryserne, 14% havde en HB- og en Mars-fryser, 7% havde en HB-fryser og en fryser fra en anden producent end Mars (jf. betragtning 108). Kommissionen har endvidere anført, eksklusivitetsbetingelsen, som fandt anvendelse på fryserne i 83% af forretningerne på det relevante marked (jf. præmis 18 og 86 ovenfor), udgjorde en væsentlig logistisk og omkostningsmæssig barriere for konkurrerende leverandørers adgang til markedet og udvidelsesmuligheder (jf. betragtning 185-194).
- 111 Det skal fastslås, at eftersom andre leverandører end HB også stillede fryserne til rådighed for detailhandlerne på lignende vilkår (jf. bl.a. præmis 85 ovenfor) og med de samme pladsmæssige begrænsninger, er det med rette, at Kommissionen i den anfægtede beslutning vurderede, at de problemer, som opstod i forretninger, der udelukkende havde HB-fryserne, med hensyn til at overtale detailhandlerne til at udskifte HB-fryserne eller at installere yderligere fryserne til impulsis, gælder for alle fryserne, som er underlagt en eksklusivitetsforpligtelse, selv om de andre leverandører ikke har den samme stilling og nyder den samme popularitet som HB på det relevante marked. De konkurrerende leverandørers adgang til det relevante marked er hindret af en række forhold, herunder udgifterne for detailhandlerne til indkøb og vedligeholdelse af en fryser, deres risikofrygt og deres tilbageholdenhed over for at bringe et eksisterende forhold til dets leverandører til ophør. Det følger heraf, at aftalekomplekset på det relevante marked berørte 83% af forretningerne på markedet.

- 112 Imidlertid udgør den bindingsgrad, der følger af aftalekomplekser, selv om den har en vis betydning ved bedømmelsen af afskærmningen af markedet, kun en omstændighed blandt flere i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori aftalekomplekserne skal bedømmes (jf. Delimitis-dommen, præmis 19 og 20, og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 101). Derudover skal de eksisterende forhold på markedet analyseres, bl.a. nye konkurrenters reelle og konkrete muligheder for at trænge ind på markedet på trods af eksistensen af aftalekomplekserne.
- 113 Det var endvidere med rette, at Kommissionen i den anfægtede beslutning udtalte, at den omstændighed, at leveringen af en fryser til forhandlerne var underlagt eksklusivitetsbetingelse samt de løbende vedligeholdelsesudgifter til disse fryserne, udgjorde en omkostningsmæssig barriere for nye leverandørers adgang til markedet og eksisterende leverandørers udvidelsesmuligheder på det relevante marked. Det skal herved fastslås, at der ikke eksisterer nogen objektiv forbindelse mellem leveringen af fryserne på betingelse af eksklusivitet og salget af is. Det fremgår imidlertid af den anfægtede beslutning, at detailhandlerne ikke er tilbøjelige til at acceptere fryserne fra leverandører, som tilbydes på betingelser, der er mindre fordelagtige end de betingelser, som leverandørerne af allerede installerede fryserne tilbyder, eller de betingelser, som tilbydes af leverandørerne på markedet i almindelighed. På det relevante marked er dette ensbetydende med, at leverandøren skal stille en fryser til rådighed »pr. kulance« og vedligeholde den. Dette har, som Kommissionen har hævdet i den anfægtede beslutning (jf. bl.a. betragtning 189), til følge, at investeringen i erhvervelsen af fryserne til installation i forretningerne for at sikre et rentabelt distributionsniveau for en leverandørs produkter gør adgangen til det pågældende marked og muligheden for at forblive på dette marked meget vanskelig, navnlig for mindre virksomheder og for leverandører af impulsvarer, som indtager en klart afgrænset niche, idet det er vanskeligt at retfærdiggøre investeringen i fryserne fra en leverandør, som kun tilbyder et begrænset produktsortiment. HB's argument, som der er redegjort for ovenfor i præmis 59, og hvorefter det for 47% af forretningerne er rentabelt at råde over en fryser, som tilhører detailhandleren, kan ikke tages til følge, idet disse i lyset af praksis, ikke blot hos HB, men også hos andre leverandører, bestående i at stille fryserne til rådighed for detailhandlerne »pr. kulance«, ikke har nogen grund til at købe deres egen fryser.

- 114 Endvidere har HB ikke godtgjort, at det ikke var muligt at pålægge en særskilt leje for leveringen af fryserne (jf. præmis 50 ovenfor). Det fremgår i den sammenhæng af den anfægtede beslutning, at HB i Nordirland afkræver detailhandlerne en årlig leje og benytter en prisreduktion for produkter, som det leverer til detailhandlere med egne fryser (jf. betragtning 127). I lyset af muligheden for at pålægge en særskilt leje for levering af fryser på andre geografiske markeder kan eksklusivitetsklausulen herefter ikke anses for nødvendig for, at en given leverandør forhindrer konkurrenterne i at anvende dennes fryser til opbevaring af deres produkter. Af samme grund kan det ikke gøres gældende, at HB ville være nødsaget til, uden at opnå betaling herfor, at bogføre fryser, som ikke blot anvendtes til dens egne aktiviteter, men ligeledes til forhandlerens og konkurrenternes aktiviteter (jf. præmis 49 og 50 ovenfor).
- 115 Selv om der måtte være enighed om, at det kan medføre visse økonomiske og praktiske fordele for isleverandørerne og detailhandlerne, at der stilles fryser til rådighed for sidstnævnte, må det fastslås, at såfremt leveringen af fryser til detailhandlerne er underlagt en eksklusivitetsklausul, opvejes de økonomiske fordele ved denne praksis under de eksisterende forhold på det relevante marked af de negative indvirkninger på konkurrencen. Det argument, HB har gjort gældende i sine skriftlige indlæg om, at denne praksis ikke bør kritiseres, medmindre den ikke objektivt forretningsmæssigt kan begrundes, kan herefter ikke tages til følge.
- 116 Endvidere fremgår det af sagen, at det forholdsvis underudviklede selvstændige engrossalg af impuls i Irland betyder, at adgangen til distribution via sådanne selvstændige mellemmand vanskeliggøres. Desuden udgør de eksisterende mærkers styrke på det relevante marked, og kundernes loyalitet over for dem, en betydelig hindring for nye markedsdeltagere (jf. betragtning 195 til den anfægtede beslutning).
- 117 Hvad angår HB' argument om, at det relevante marked er omkæmpet af mindst fem fabrikker, fremgår det af sagen, at de andre impuls-leverandører kun har meget begrænsede markedsandele på det relevante marked. For så vidt angår

Mars, som er den største konkurrent til HB på markedet, skal det bemærkes, at i perioden juni/juli 1997 oversteg virksomhedens markedsandel ikke henholdsvis 4% og 5% for så vidt angår både mængde og omsætning. Endvidere mindskedes markedsandelene for Mars, Valley og Leadmore i årene forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning (jf. betragtning 32-37). Det kan således fastslås, at de små markedsandele tilhørende HB's konkurrenter i det mindste delvis kan tilskrives virksomhedens praksis med at stille fryserne til rådighed »pr. kulance«.

- 118 I lyset af ovenstående skal det fastslås, at det fremgår af gennemgangen af alle de lignende distributionsaftaler, som er indgået på det relevante marked, samt den juridiske og økonomiske sammenhæng, hvori de indgår, at HB's distributionsaftaler kan påvirke konkurrencen mærkbart i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, og at de bidrager betydeligt til en afskærmning af markedet.
- 119 Det første og andet anbringende om åbenbart fejlagtige vurderinger af de faktiske omstændigheder og en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, skal følgelig forkastes.

Det tredje anbringende om retlige fejl, henset til traktatens artikel 85, stk. 3

Parternes argumenter

- 120 HB har gjort gældende, at eksklusivitetsklausulen er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 3, og at den kan gøres til genstand for en

fritagelse. Sagsøgeren har bestridt Kommissionens antagelse i den anfægtede beslutning, hvorefter de konkurrencebegrænsende virkninger af dets aftalekompleks vedrørende leveringen af frysere opvejede fordelene i form af den effektive distribution, som fremkom ved aftalerne. Sagsøgeren har endvidere bestridt den omstændighed, at kun virksomheden selv og dens detailhandlere drager fordele af aftalerne, som under hensyn til den almindelige interesse ikke kan opveje de ulemper, som aftalerne medfører på det konkurrencemæssige plan. Endelige har HB rejst tvivl om konklusionen i betragtning 234 til den anfægtede beslutning, hvorefter fordelene forbundet med en dækning af hele området gennem eksklusivitetsklausulen ikke kan opveje ulemperne ved afskærmningen af markedet, som også skyldes HB's aftalekompleks vedrørende frysere.

- 121 HB har navnlig anført, at den anfægtede beslutning er behæftet med tre retlige fejl, henset til traktatens artikel 85, stk. 3.
- 122 HB gør for det første gældende, at den anfægtede beslutning indeholder en grundlæggende logisk fejl vedrørende forholdet mellem traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 85, stk. 3. Ifølge den anfægtede beslutning kræves der i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, at der foretages en afvejning mellem på den ene side konkurrencebegrænsningen og på den anden side muligheden for at udnytte fordele, som kan begrunde en fritagelse (jf. betragtning 222-225). Det fremgår af den anfægtede beslutning, at HB ved at udøve en for effektiv konkurrence ved at give detailhandlerne og forbrugerne fordele herved begrænser konkurrencen og således tilsidesætter traktatens artikel 85, stk. 1 (jf. betragtning 226). Da disse fordele angiveligt udgør en begrænsning af konkurrencen, kan de ikke tages i betragtning med henblik på meddelelse af en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. Kommissionens argumentation udgør følgelig en »ond cirkel«.
- 123 For det andet er de forskellige betingelser for anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 3, ifølge HB kumulative, for så vidt som hvert af kriterierne skal opfyldes, for at der kan meddeles en fritagelse. Hvorvidt betingelserne er opfyldt, skal

imidlertid undersøges ved en særskilt vurdering af hver enkelt betingelse. Kommissionen kunne således ikke gøre gældende, at fordelene ved HB's fryseraftaler automatisk blev opvejet af aftalernes konkurrencebegrænsende virkninger, idet spørgsmålet om, hvorvidt konkurrencen i betydeligt omfang udelukkes, skal vurderes særskilt fra vurderingen af fordelene ved de pågældende aftaler. Ifølge sagsøgeren har Retten tydeligt opstillet et krav om en særskilt analyse i præmis 122 i dommen i sagen *Matra Hachette mod Kommissionen*. HB har bemærket, at ifølge Kommissionen skal der ikke tages hensyn til forbedringerne af distributionen på detailhandlerniveau i form af reducerede transportomkostninger og regelmæssige leverancer, forbedringer af distributionen på leverandørniveau i form af logistisk planlægning og en stimulering af efterspørgslen gennem en maksimering af antallet af disponible produkter samt produkternes synlighed på grund af de angiveligt negative indvirkninger på konkurrencen på det relevante marked. Når de objektive fordele ved en aftale er blevet identificeret, er spørgsmålet om markedsafskærmning i modsætning til Kommissionens påstand kun af betydning for betingelserne om en væsentlig udelukkelse af konkurrence i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Præmis 180 i dommen i sagen *Langnese-Iglo mod Kommissionen*, som Kommissionen har henvist til, modsiger ikke HB's argumenter i denne henseende (jf. præmis 130 nedenfor).

124 For det tredje har HB gjort gældende, at Kommissionen begik en fejl ved undersøgelsen i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, idet den antog, at det relevante marked var lukket. Afskærmningsgraden på markedet oversteg i realiteten ikke 6%.

125 HB har ligeledes gjort gældende, at Kommissionens nærmere anvendelse af visse betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, er retligt urigtige. Sagsøgeren har i den sammenhæng bemærket, at det i den anfægtede beslutning (jf. betragtning 227) anerkendes, at tilstedeværelsen af fryserne i mange forretninger — omfattende hele det geografiske marked og hovedsagelig som følge af HB's net af fryserne — kan anses for en objektiv fordel, bl.a. med hensyn til distributionen, og eksklusivitetsklausulen medvirker til, at disse fordele opnås. Kommissionen har imidlertid søgt at afvise denne fordel ved at antage, at HB med henblik på at maksimere sin indtjening ville fortsætte med at levere fryserne uden en eksklusivitetsklausul. Kommissionen havde imidlertid ikke ret til at antage, at

HB ville fortsætte med at levere fryserne uden en eksklusivitetsklausul. HB har endvidere gjort gældende, at Kommissionen, i modsætning til hvad den selv påstår i betragtning 232 og 233 til den anfægtede beslutning, ikke kunne antage, at der eksisterede konkurrerende leverandører, som kunne fremstille et produktsortiment sammenligneligt med HB's sortiment og lige så omkostningseffektivt som HB, hvilket ville muliggøre leveringen af disse produkter til forretninger med en omsætning, som ikke er høj nok til at interessere HB, og til detailhandlere, som i tilfælde af, at de ophører med at få isleverancer fra HB, vil være i stand til at skaffe deres egne fryserne. Endvidere er det ikke bevist, at en uafhængig videreforhandler ville kunne levere en distributionstjenesteydelse til en lavere pris og mere effektivt end HB, eller at skabelsen af en ny type uafhængig grossistvirksomhed skulle være hindret alene på grund af HB's fryseraftaler.

- 126 HB har med hensyn til distributionen gjort gældende, at ordet »nødvendig« ikke indebærer, at der ikke eksisterer andre produkt-distributionsordninger, men alene, at begrænsningerne er nødvendige for gennemførelsen af den distributionspolitik, fabrikanten havde vedtaget, og som medførte fordele i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Såfremt den eksklusivitet, som er pålagt forretningerne, kan anses for nødvendig for gennemførelsen af disse fordele, hvilket gruppefritagelsesordningen for distributionsaftaler og eksklusive leveringsaftaler klart anerkender, må dette også gælde for frysereksklusivitetsklausuler.
- 127 HB har tilføjet, at såfremt eksklusivitetsklausulen underkendes, vil dette klart have en negativ indvirkning på virksomhedens situation samt på dens distributionsaftaler. For det første vil sagsøgeren lide en konkurrencemæssig ulempe bestående i, at en konkurrent kan anvende virksomhedens aktiver uden at have investeret i leveringen af fryseren til de omhandlede forretninger, og vil samtidig kunne udelukke HB fra de fryserne, som den selv har leveret. For det andet vil det ikke være muligt at levere et lige så fuldstændigt udbud af HB's produkter i fryseren, hvilket medfører omsætningstab. Udgifterne til levering og vedligeholdelse af fryseren kan ikke længere dækkes fuldt, idet disse udgifter indvindes gennem salget af HB-is. For det tredje vil omkostningerne til distribution af is stige hos såvel de forretninger, som er berørt af den anfægtede beslutning, som alle andre forretninger.

- 128 HB er af den opfattelse, at dens distributionsordning medfører fordele for forbrugerne i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Såfremt dette ikke havde været tilfældet, ville Kommissionen ikke have været tilfreds, da den vedtog meddelelsen om, at en fritagelse kunne opnås i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 (jf. præmis 12 ovenfor). En væsentlig del af tankegangen bag gruppefritagelsen som følge af Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler (EFT L 173, s. 5) ville ligeledes være betydningsløs.
- 129 HB har tilføjet, at virksomhedens distributionsaftaler ikke gør det muligt at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de omhandlede produkter, eftersom 60% af det relevante marked, selv ifølge Kommissionens antagelser, ikke er afskærmet. Sagsøgeren har bemærket, at henvisningen i betragtning 245 til den anfægtede beslutning til den omstændighed, at det er længe siden, at der er sket en væsentlig ændring i konkurrencestrukturen på det relevante marked, er urigtig med hensyn til faktum, idet den anfægtede beslutning ikke tager hensyn til de store nyskabende leverandører såsom Mars', Nestlé's og Häagen-Dazs' nylige indtræden på markedet.
- 130 Kommissionen er af den opfattelse, at den anfægtede beslutning ikke er behæftet med grundlæggende logiske fejl. En fritagelse kan først meddeles efter en afvejning af aftalens konkurrencebegrænsende virkninger over for de fordele, den skaber. Disse fordele omfatter ikke »alle fordele, som parterne udleder af aftalen«. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at den i den anfægtede beslutning særskilt undersøger de enkelte betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3. Den har anført, at det i den anfægtede beslutning fastslås, at HB's aftaler ikke opfylder disse betingelser, idet de ikke bidrager til at forbedre fordelingen af varerne, ikke sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, ikke var uomgængelig nødvendige for at opnå nævnte fordele og giver HB mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. Kommissionen, som navnlig har henvist til præmis 180 i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen og til præmis 142 i dommen i sagen Schöller mod Kommissionen, er af den opfattelse, at dens analyse af den første af de fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, ikke er behæftet med en retlig fejl.

- 131 Ifølge Kommissionen fokuserer HB i stævningen kun på en af de fire betingelser, som skal opfyldes for at opnå en fritagelse, nemlig forbedringen af fordelingen af varer eller fremme af den tekniske eller økonomiske udvikling, og behandler ikke de andre betingelser nærmere. Endvidere har HB ikke godtgjort, hvorfor fordelene ved dets distributionsordning, såfremt disse findes, skyldes eksklusivitetsklausulen og ikke andre forhold.
- 132 Kommissionen har gjort gældende, at alle betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, skal være opfyldt samtidig. HB har ligeledes ikke bestridt eller rejst tvivl om konklusionerne i betragtning 239 og 240 til den anfægtede beslutning, hvorefter eksklusivitetsklausulen reducerer forbrugerens valg uden at garantere, at de økonomiske fordele ved effektiviseringen overvælttes på forbrugerne. Kommissionen har bestridt HB's påstand om, at eksklusivitetsklausulen kan opnå fritagelse ved analog anvendelse af gruppefritagelserne for eneforhandlinger og eksklusive købsaftaler. Kommissionen har gjort gældende, at der for impulsis gælder en anden afvejning mellem konkurrencebegrænsningerne og aftalernes fordele, i hvilken sammenhæng begrebet uomgængelighed er vigtigt. På trods af, at det for mange produkter gælder, at vertikale begrænsninger af detailhandlernes frihed kan accepteres, fordi de stimulerer konkurrencen mellem mærker, vil konkurrencen interbrand dog være mindre sandsynlig for impulsprodukter, idet forbrugerne normalt ikke træder ind i forretningen med henblik på at købe disse produkter, og ikke søger at sammenligne produkterne i en forretning med en anden forretning. Desuden ville fordelene ved de pågældende gruppefritagelser fortabes, såfremt der var utilstrækkelig konkurrence med hensyn til de pågældende produkter, hvilket var tilfældet i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen. Endvidere medfører den omstændighed, at HB ville kunne lide tab, hvis virksomheden opgav en given forretningspraksis, ikke, at denne praksis kan anses for uomgængelig nødvendig.
- 133 For så vidt angår den i traktatens artikel 85, stk. 3, nævnte betingelse om muligheden for at udelukke konkurrencen har Kommissionen gjort gældende, at HB ikke har udtalt sig om betragtning 242-246 til den anfægtede beslutning angående den manglende konkurrence på det relevante marked og angående hindringerne for nye leverandørers adgang hertil. Kommissionen har herved

bemærket, at HB alene anfægter den del af analysen, hvorefter det er længe siden, at der er sket en væsentlig ændring i konkurrencestrukturen på det relevante marked (betragtning 245 til den anfægtede beslutning). Kommissionen har atter hævdet, at HB stadig dominerer det relevante marked med en andel på 80%.

- 134 Kommissionen er af den opfattelse, at HB's argumentation, som der er redegjort for i præmis 128, er unøjagtig og udgør et nyt anbringende, som ikke blev fremført i stævningen, og som følgelig bør afvises i medfør af procesreglementets artikel 48, stk. 1.

Rettens bemærkninger

- 135 Det fremgår af fast retspraksis, at Rettens efterprøvelse af de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen har foretaget som led i sin skønsbeføjelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, vedrørende hver af de heri indeholdte fire betingelser, skal begrænse sig til kontrol af, om de nødvendige formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller magtfordrejning (jf. i denne retning Rettens dom af 23.2.1994, forenede sager T-39/92 og T-40/92, CB og Europay mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 109, dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, præmis 104, og dom af 21.2.1995, sag T-29/92, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 289, præmis 288). Det tilkommer ikke Retten at sætte sin vurdering i stedet for Kommissionens.
- 136 Det fremgår desuden af en fast retspraksis, at såfremt der anmodes om en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, påhviler det i første række de berørte virksomheder for Kommissionen at fremlægge dokumentation, der kan bevise, at aftalen opfylder betingelserne i denne bestemmelse (jf. i denne retning Domstolens dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 52, og af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 45, samt dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 179).

- 137 Kommissionen kan kun meddele en individuel fritagelse, hvis aftalen eller vedtagelsen inden for en sammenslutning af virksomheder opfylder samtlige fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3. En anmodning om fritagelse skal afvises, når blot en af de fire betingelser ikke er opfyldt (jf. i denne retning dommen i sagen VBVB og VBBB mod Kommissionen, præmis 61, Domstolens kendelse af 25.3.1996, sag C-137/95 P, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1611, præmis 34, dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, præmis 104, og i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, præmis 267 og 286).
- 138 Det skal fastslås, at i modsætning til HB's påstand i præmis 123 ovenfor fremgår det klart af den anfægtede beslutning, at Kommissionen detaljeret undersøgte HB's distributionsaftale i lyset af hver af de fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. betragtning 221-254 til den anfægtede beslutning).
- 139 Det følger af den første af disse betingelser, at der kan indrømmes fritagelse for aftaler, »som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling«. Det fremgår af Domstolens og Rettens praksis, at man ikke kan anse enhver fordel, som aftalen medfører for parternes produktions- eller distributionsvirksomhed, for en sådan forbedring. En forbedring skal navnlig indebære mærkbare objektive fordele, som kan opveje de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen (jf. Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 429 og 502, og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 180).
- 140 Gennemgangen af den første betingelse blev foretaget i betragtning 222-238 til den anfægtede beslutning. Kommissionen har bl.a. anerkendt, at HB's aftaler om at stille fryserne til rådighed helt eller delvis kunne sikre de i femte betragtning til forordning nr. 1984/83 anførte fordele for HB selv samt for de detailhandlere, som havde indgået aftaler, og at den af HB anvendte distributionsmetode kunne give virksomheden samt dens detailhandlere visse fordele gennem effektivisering

af planlægningen, organiseringen og distributionen. Kommissionen fandt herefter, at aftalerne ikke indebar mærkbare objektive fordele, som kunne opveje de ulemper, aftalen medførte for konkurrencen. Til støtte herfor fandt Kommissionen, at aftalerne om at stille frysere til rådighed betydeligt styrkede HB's stilling på det relevante marked, navnlig over for potentielle konkurrenter. Det bemærkedes i den sammenhæng med rette, at styrkelsen af en virksomhed af HB's betydning på det relevante marked ikke ville stimulere konkurrencen, men derimod virke afskrækkende, fordi denne virksomheds aftalekompleks udgjorde en væsentlig hindring for andres adgang til markedet samt for de eksisterende konkurrenters udvidelsesmuligheder på markedet (jf. bl.a. betragtning 225 og 236 til den anfægtede beslutning og analogt dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 182). Det skal ligeledes bemærkes, at afskærmningsgraden for det relevante marked er på 40% (jf. præmis 98 ovenfor) og ikke på 6%, som HB har anført (jf. præmis 124 ovenfor).

- 141 Det følger heraf, at Kommissionen i modsætning til HB' påstand (jf. præmis 123 ovenfor) med rette kunne tage hensyn til hindringerne for adgangen til det relevante marked, som skyldtes eksklusivitetsklausulen og som konsekvens heraf den svækkelse af konkurrencen, som det medførte, ved bedømmelsen af HB's distributionsaftale i forhold til den første betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. analogt dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, s. 260, og i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 180). HB's argument gengivet i præmis 122 ovenfor, hvorefter betragtning 222-225 til den anfægtede beslutning indeholder en grundlæggende logisk fejl vedrørende forholdet mellem traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 85, stk. 3, skal herefter forkastes, eftersom Kommissionen i henhold til fast retspraksis på området efterprøvede, om der eksisterer mærkbare objektive fordele, som kan opveje de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen.

- 142 Det skal ligeledes bemærkes, at HB's distributionsaftaler indeholder to særskilte aspekter, nemlig for det første, at der stilles frysere til rådighed for detailhandlerne »pr. kulance«, og for det andet, at detailhandlerne er forpligtet til udelukkende at

anvende fryserne til opbevaring af HB-is. De ved aftalerne opnåede fordele skyldes det første aspekt og kan således opnås uden eksklusivitetsklausulen.

- 143 Endvidere kan det af Kommissionen i betragtning 227 til den anfægtede beslutning fastslåede tages til følge. Det fremgår af denne betragtning, at selv om fryserne i mange forretninger til salg af impulsis — der hovedsageligt som følge af HB's net af frysere omfatter hele det geografiske marked — kan anses for en objektiv fordel i almenhedens interesse for så vidt angår fordelingen af varer, er det ikke desto mindre usandsynligt, at HB med undtagelse af et lille antal tilfælde endeligt ophører med at levere frysere til detailhandlerne, såfremt muligheden for at knytte en eksklusivitetsforpligtelse til fryserne begrænses. HB har ikke godtgjort, at Kommissionen foretog en åbenbar fejl ved at fastslå, at den forretningsmæssige virkelighed for en virksomhed som HB, der ønsker at fastholde sin stilling på det relevante marked, går ud på at være repræsenteret i flest mulige forretninger (jf. betragtning 228 til den anfægtede beslutning og præmis 125 ovenfor). Modsat sagsøgerens påstand indskrænkede Kommissionen sig ikke til at antage, at HB ville fortsætte med at levere frysere på det relevante marked, men foretog en analyse af, hvordan markedet ville fungere efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning. Desuden kunne Kommissionen også i modsætning til det af HB påståede (jf. præmis 125 ovenfor) med føje støtte ret på argumentet om, at HB's konkurrenter kunne anvende en forretningspolitik bestående i at levere frysere til forretninger med en omsætning af impulsis, der var for lav til at kunne interessere HB, på mere fordelagtige betingelser end dem, som detailhandlerne kunne forvente at opnå, såfremt HB ophørte med at levere frysere til visse forretninger. Kommissionen kunne ligeledes med føje påpege muligheden for, at frysere kunne installeres af uafhængige grossister, som ville kunne få forsyninger fra forskellige leverandører og tilfredsstillende behøve hos de forretninger, som HB fratager deres fryser, eller som sagsøgeren vælger ikke at betjene. For så vidt angår en af Kommissionen foretaget analyse af den fremtidige udvikling kan denne kun — for så vidt angår åbenbart urigtige skøn — drages i tvivl, såfremt HB fremlægger konkrete beviser, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

- 144 Eftersom HB's distributionsaftaler ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, skal det tredje anbringende forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt Kommissionen foretog en åbenbar urigtig vurdering af de andre betingelser i denne bestemmelse. For at en fritagelse kan afvises, er det tilstrækkeligt, at blot en af de fire betingelser ikke er opfyldt.

Det fjerde anbringende om retlige fejl ved anvendelsen af traktatens artikel 86

Parternes argumenter

- 145 HB har i stævningen ikke bestridt konstateringerne i den anfægtede beslutning vedrørende eksistensen af en dominerende stilling, men alene konstateringerne vedrørende et misbrug af denne stilling (jf. betragtning 263), og navnlig den omstændighed, at virksomheden tilskynder detailhandlerne til at give den eksklusivitet ved at levere fryserer til detailhandlerne, samt ved at påtage sig vedligeholdelsen af fryserne uden direkte udgifter for detailhandlerne.
- 146 Under retsmødet og i sine bemærkninger til Mars' interventionsindlæg har HB imidlertid gjort gældende, at virksomheden ikke indtager en dominerende stilling. Den har fremført, at såfremt en dominerende stilling, således som Domstolen har udtalt, defineres ved evnen til over tid at bibeholde markedsandele »uden at virksomheder med betydeligt mindre andele er i stand til hurtigt at opfylde en efterspørgsel, som ikke længere retter sig mod virksomheden med den største markedsandel« (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 41), indtager sagsøgeren åbenbart ikke en sådan stilling. HB har bemærket, at adskillige andre leverandører, navnlig de multinationale virksomheder Nestlé og Mars, har klart tilstrækkelig kapacitet til at betjene deres detailhandlere, hvis de vender sig bort fra HB.

- 147 HB finder det uforståeligt at betegne en almindeligt anvendt praksis som misbrug af dominerende stilling, når Kommissionen ikke søgte at betegne den som konkurrencebegrænsende, og som det er anerkendt giver aftaleparterne fordele.
- 148 HB har bestridt Kommissionens argument om, at eksklusivitetsklausulen indskrænker detailhandlernes frihed til at vælge deres leverandører ud fra produkternes kvalitet. Dette er endvidere i modstrid med betragtning 259 til den anfægtede beslutning, hvori det direkte anerkendes, at det store flertal af detailhandlere vælger at sælge — ofte udelukkende — HB's produkter. Sagsøgeren har tilføjet, at en stor del af de omhandlede detailhandlere ikke ville opbevare is, hvis en fryser ikke blev stillet til rådighed. Leveringen af is til små detailhandlere og rådighedsstillelsen af en fryser forbedrer HB's almindelige effektivitet og højner konkurrencen. Generaladvokat Jacobs argumentation i hans forslag til afgørelse til Domstolens dom af 26. november 1998 (sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, I, på s. 7794), navnlig for så vidt angår forslaget punkt 57 og 65, finder ifølge sagsøgeren ligeledes anvendelse på eksklusivitetsklausulen. Eksklusivitetsbetinget levering af fryser er et element i konkurrencen på det relevante marked. HB har anført, at dets fryser ikke udgør »essential facilities«, eftersom der ikke foreligger materielle hindringer for, at HB's konkurrenter installerer fryser i forretninger, der ønsker at opbevare andre impulsismærker.
- 149 HB har endvidere gjort gældende, at Kommissionens holdning til markedsafskærmningen ikke kan accepteres i henhold til traktatens artikel 86, idet Domstolen eller Retten i alle sager, hvor en vertikal eksklusivtetsaftale er blevet anset for misbrug af dominerende stilling, udtrykkeligt eller implicit har anvendt en tærskel eller minimumsbetingelse for markedsafskærmning (Domstolens dom i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, og dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, samt Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389). HB har gjort gældende, at da andelen af forretninger, der potentielt kunne blive afskåret på grund af leveringen af fryser, ikke overstiger 6%, er tærsklen for, om virkningerne er mærkbare, og

som er påkrævet for, at en markedsafskærmning gennem en eksklusivitetsklausul kan betegnes som misbrug af dominerende stilling, ikke overskredet.

- 150 HB har i sin replik anført, at Kommissionens analyse vedrørende henholdsvis traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 hænger uløseligt sammen således, at Kommissionen har »genbrugt« sagsakterne vedrørende traktatens artikel 85, da den oprettede sagsakterne vedrørende traktatens artikel 86, på trods af, at denne praksis er blevet kritiseret af Retten i dom af 10.3.1992 (forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1403, præmis 360, herefter »planglas-dommen«).
- 151 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne bemærket, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen). »Styrkelse af den stilling, som en virksomhed har, kan være et misbrug og forbudt i henhold til traktatens artikel 86 uden hensyn til, hvilke midler og metoder der benyttes« (Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 27). For så vidt angår HB's argument om, at eksklusivitetsklausulen ikke udgør et misbrug, eftersom det drejer sig om en almindelig praksis, har Kommissionen bemærket, at selv en almindelig praksis i industrien kan udgøre misbrug af dominerende stilling. Den har tilføjet, at HB ikke kan støtte ret på den omstændighed, at situationen skyldes detailhandlernes frie valg. HB har nemlig tilskyndet dem til at indgå aftalerne indeholdende en eksklusivitetsklausul, hvilket udgør et misbrug.
- 152 Eksklusivitetsklausulen udgør ifølge Kommissionen en hindring for adgangen til markedet og for udvidelsesmulighederne på det relevante marked og forstærker magten hos de eksisterende leverandører på markedet. Eventuel konkurrence mellem eksisterende eller potentielle leverandører mindskes herved. Detailhandlernes valgfrihed mellem produkter, de ønsker at opbevare, og angående den optimale indretning af pladsen i forretningen, hindres. Endvidere reduceres forbrugerens valgmuligheder. Kommissionen har gjort gældende, at HB's praksis, som består i at sammenkæde fryserudgifterne med en eksklusivitetsklausul, selv om der ikke eksisterer nogen objektiv sammenhæng, afviger fra de almindelige konkurrencebetingelser for forbrugsvarer. Endvidere udgør de pågældende forretninger 40% — og ikke 6% som påstået af HB — af det samlede antal

forretninger på markedet. Endelig har Kommissionen gjort gældende, at HB ikke har præciseret hverken retsgrundlaget eller oprindelsen af »tolerancetærsklen«, og sagsøgeren har ikke forklaret, hvorfor et misbrug af dette omfang ikke skulle være omfattet af traktatens artikel 86.

- 153 Kommissionen har ligeledes understreget, at den analyse, som den foretog med hensyn til traktatens artikel 85, er særskilt fra den, som blev foretaget med hensyn til traktatens artikel 86, hvorfor HB ikke kan støtte ret på planglas-dommen. I nævnte dom fandt Retten, at Kommissionen havde »genbrugt« de faktiske omstændigheder, der udgjorde gerningsindholdet for en overtrædelse af artikel 85, og fastslog på det grundlag, og uden at foretage en markedsundersøgelse, at parterne tilsammen havde en stor markedsandel, og fandt, at de alene af denne grund indtog en kollektivt dominerende stilling, og at deres ulovlige adfærd udgjorde et misbrug af denne stilling.

Rettens bemærkninger

- 154 Det følger af fast retspraksis, at meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling. At en virksomhed gennem en længere periode har en meget stor markedsandel, giver den som følge af omfanget af den produktion og det udbud, den repræsenterer — og uden at virksomheder med betydeligt mindre andele er i stand til hurtigt at opfylde en efterspørgsel, som ikke længere retter sig mod virksomheden med den største markedsandel — en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig handelspartner, og som allerede af denne årsag, i hvert fald i temmelig lange perioder, giver den sikkerhed for at kunne udvise den uafhængige adfærd, som er karakteristisk for en dominerende stilling (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 41, og dom af 22.11.2001, sag T-139/98, AAMS mod Kommissionen, Sml. II, s. 3413, præmis 51). I øvrigt er en dominerende stilling en virksomheds så stærke økonomiske stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virk-

somheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans forbrugerne (Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 65, og dommen i sagen AAMS mod Kommissionen, præmis 51).

- 155 Det bemærkes for det første, at den anfægtede beslutning afgrænser det relevante marked til det irske marked for enkeltemballerede impulsis (betragtning 138 og 140 til den anfægtede beslutning), og at HB ikke har anfægtet denne definition. HB har, uden dog at bestride det af Kommissionen i betragtning 28 og 259 til den anfægtede beslutning anførte, hvorefter virksomheden har en mængde- og værdimæssig andel på over 75% af markedet og har bevaret denne andel over flere år, anført, at virksomheden ikke har en dominerende stilling på det omhandlede marked. På tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning havde HB en andel af det relevante marked på 89% (jf. præmis 90 ovenfor). I denne forbindelse bemærkes ligeledes, at de øvrige leverandører af impulsis på dette marked, som f.eks. Mars og Nestlé, kun havde meget begrænsede markedsandele (jf. betragtning 32 og 34 til den anfægtede beslutning), også selv om disse virksomheder var væsentlige aktører på de tilstødende markeder for konfektur og chokolade, og solgte deres produkter fra de samme forretninger som de i denne sag omhandlede. Mars og Nestlé rådede desuden over kendte varemærker til deres produkter, og havde den nødvendige erfaring og de fornødne økonomiske ressourcer til at trænge ind på nye markeder. Det følger heraf, at HB ikke kun har en meget stor andel af det relevante marked, men at der desuden er en betydelig størrelsesforskel på virksomhedens markedsandel og dens umiddelbare konkurrenters.

- 156 Hertil kommer, at det bl.a. fremgår af sagen, at HB har det bredeste og mest populære produktsortiment på det relevante marked, at virksomheden er den eneste leverandør af impulsis til mere end 40% af forretningerne på dette marked, at den indgår i den multinationale Unilever-koncern, som i mange år har produceret og solgt is i alle medlemsstater og i mange andre lande, hvor koncernens virksomheder ofte er de største leverandører på de respektive

markeder, og at HB's varemærke er særdeles velkendt. Retten finder derfor, at det var med rette, at Kommissionen har konkluderet, at HB er en uomgængelig handelspartner for en lang række detailhandlere på det relevante marked, og at virksomheden har en dominerende stilling på dette marked.

- 157 Det skal herefter undersøges, om Kommissionens konklusion i den anfægtede beslutning, hvorefter HB har misbrugt sin dominerende stilling på det relevante marked, er begrundet. Det følger af fast retspraksis, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91, og dommen i sagen AKZO mod Kommissionen, præmis 69). Det følger heraf, at traktatens artikel 86 forbyder en virksomhed, som har en dominerende stilling, at eliminere en konkurrent og således styrke sin stilling ved andre midler end dem, som tages i brug inden for rammerne af en konkurrence baseret på opnåede resultater. Dette forbud er ligeledes begrundet i ønsket om ikke at forvolde forbrugerne skade (jf. i denne retning dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, præmis 26, og dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 526 og 527).

- 158 Det følger heraf, at selv om konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, er denne virksomhed dog, uafhængigt af årsagerne til denne stilling, særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 57).

- 159 Retten skal indledningsvis bemærke, at det er med rette, at HB har gjort gældende, at tilrådighedsstillelse af fryserne betinget af eksklusivitet er en sædvanlig praksis på

det relevante marked (jf. præmis 85 ovenfor). I den normale situation, hvor markedet er konkurrencepræget, indgås disse aftaler i begge parter interesse og kan principielt ikke forbydes. Imidlertid kan sådanne betragtninger, som kan anlægges i den normale situation, hvor markedet er konkurrencepræget, ikke uden videre overføres til et marked, hvor konkurrencen allerede er begrænset, netop fordi en virksomhed på dette marked indtager en dominerende stilling. Forretningsmæssige aktiviteter, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af produkter, og har en gavnlig virkning på konkurrencen på et afbalanceret marked, kan således begrænse denne konkurrence, når de udøves af en virksomhed, som har en dominerende stilling på det relevante marked. For så vidt angår karakteren af eksklusivitetsklausulen finder Retten, at det er med rette, at Kommissionen i den anfægtede beslutning antog, at HB har misbrugt sin dominerende stilling på det relevante marked, idet virksomheden tilskyndede de detailhandlere, som ikke rådede over egne frysere til opbevaring af impulsis, eller ikke rådede over frysere fra andre leverandører end HB, til at indgå aftaler om tilrådhedsstilling undergivet en eksklusivitetsbetingelse. Denne tilsidesættelse af artikel 86 tager her form af et tilbud om levering af frysere til detailhandlere samt vedligeholdelse af fryserne uden direkte udgifter for detailhandlerne.

160 Den omstændighed, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et marked, de facto binder 40% af forretningerne på det relevante marked — om det så er på disses egen opfordring — gennem en eksklusivitetsklausul, der i realiteten virker som en eksklusivitet, der er blevet påtvunget disse forretninger, udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i traktatens artikel 86. Eksklusivitetsklausulen har således til virkning, at de omfattede detailhandlere forhindres i at sælge is af andre mærker, eller at deres muligheder for at foretage sådanne salg reduceres, på trods af, at der er en efterspørgsel efter disse andre mærker, og at konkurrerende producenter forhindres i at få adgang til det relevante marked. Det følger heraf, at det argument, HB har fremsat i præmis 149 ovenfor, hvorefter den procentdel af forretninger, hvortil adgangen kunne blive forhindret som følge af fryserleverancerne, ikke overstiger 6%, er urigtigt og bør forkastes.

161 Endvidere bemærkes, at de henvisninger, HB har gjort til generaladvokat Jacobs ovennævnte forslag til afgørelse af Bronner-sagen, er irrelevante i den foreliggende

sag, eftersom Kommissionen, som den med rette har gjort gældende i sine skriftlige indlæg, i den anfægtede beslutning ikke har påstået, at HB's fryserer var en »essential facility«, hvilket var det spørgsmål, som blev behandlet i det nævnte forslag til afgørelse, og det er i henhold til beslutningen hverken en betingelse, at HB overdrager et aktiv eller indgår aftaler med personer, som virksomheden ikke selv har valgt.

- 162 For så vidt angår HB's argument om »genbrug« af sagsakter (jf. præmis 150 ovenfor), bemærkes yderligere, at dette argument bør forkastes. I modsætning til det, som blev kritiseret i planglas-dommen, har Kommissionen ikke blot »genbrugt« de faktiske omstændigheder, som udgjorde tilsidesættelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, med henblik på at fastslå, at den omhandlede adfærd ligeledes var en tilsidesættelse af traktatens artikel 86. I den foreliggende sag har Kommissionen i den anfægtede beslutning foretaget en omfattende analyse af det relevante marked og har konkluderet, at HB indtog en dominerende stilling på dette marked. Kommissionen har herefter med rette konkluderet, at HB ved at tilskynde detailhandlerne til at foretage deres indkøb hos HB på eksklusiv basis, på de betingelser, som er beskrevet i præmis 159 og 160 ovenfor, har taget andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser.

- 163 Det fjerde anbringende bør derfor forkastes.

Det femte anbringende om retlige fejl i form af manglende hensyntagen til ejendomsretten og om tilsidesættelse af traktatens artikel 222

Parternes argumenter

- 164 HB har gjort gældende, at anvendelsen af konkurrencereglerne i den anfægtede beslutning udgør en ubegrundet og urimelig tilsidesættelse af virksomhedens

ejendomsrettigheder, som er sikret ved traktatens artikel 222. HB har erkendt, at ejendomsretten ikke er absolut, men har understreget, at enhver begrænsning af denne ret kan udgøre et uforholdsmæssigt og uacceptabelt indgreb i ejerens særlige rettigheder (jf. dom af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727). Forbuddet mod eksklusivitetsklausulen har således til formål at tillade, at fryserne, som betales og vedligeholdes af HB, kan anvendes til opbevaring af is, som er leveret af tredjemand, hvilket er et alvorligt indgreb i virksomhedens ejendomsret til fryserne og i dens økonomiske interesser i almindelighed. HB har anført, at i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende i betragtning 219 til den anfægtede beslutning, yder retten til at opkræve særskilt leje for fryseren ikke virksomhedens ejendomsret tilstrækkelig beskyttelse. Virksomheden har fremhævet, at administration og opkrævning af en leje ville medføre væsentlige driftsomkostninger, og at en lejeindtægt ikke ville kompensere for de økonomiske driftsforstyrrelser, som ville opstå i virksomhedens distributionssystem som følge af opbevaringen af is fra tredjemand i fryserne. Desuden ville virksomheden blive stillet dårligere end konkurrenterne, som fortsat ville kunne stille fryserne til rådighed gratis.

165 HB har ligeledes bestridt Kommissionens påstand (i betragtning 213 til den anfægtede beslutning) om, at fordi virksomheden har installeret fryserne i forretninger inden for detailhandelen, er enhver aftalemæssig begrænsning, som virksomheden pålægger sine medkontrahenter vedrørende brugen af fryserne, undergivet konkurrencereglerne. Den har understreget, at det på området for den intellektuelle ejendomsret er anerkendt, at de elementer, som udgør ejendomsrettens særlige genstand, ikke udelukkende omfatter retten til at udstede licenser (Domstolens dom af 3.3.1988, sag 434/85, Allen & Hanburys, Sml. s. 1245, præmis 11), retten til at afslå at meddele licens til en tredjemand (Domstolens dom af 5.10.1988, sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211, præmis 8), og retten til at forebygge krænkelse af rettigheden (Domstolens dom af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Collins, Sml. I, s. 5145), men også de særlige bestemmelser i en licensaftale (jf. betragtning 75, 79, 85, 86, 90 og 100 til Kommissionens beslutning 83/400/EØF af 11.7.1983 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29.395 — Windsurfing International) (EFT L 229, s. 1)). Eksklusivitetsklausulen kan indholdsmæssigt sammenlignes med de klausuler, som er tilladt i licensaftaler vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder.

166 HB har anført, at den økonomiske værdi af virksomhedens net af fryserne beror på den omstændighed, at den råder over de installationer i forretningerne, som er

nødvendige for at opbevare og sælge dens is, navnlig i de forretninger, som ikke ville kunne sælge is, hvis HB ikke leverede en fryser, idet de ikke har mulighed for at investere i deres egne fryserne. HB's ret til at råde over fryserne og den omstændighed, at virksomheden insisterer på, at fryserne er omfattet af eksklusivitet, følger således af rettighedernes indhold eller deres særlige genstand (Domstolens dom af 5.10.1988, sag 247/86, Alsatel, Sml. s. 5987).

- 167 Kommissionen har, støttet af intervenienterne, gjort gældende, at HB's ejendomsrettigheder ikke er blevet krænkede. Den har anført, at HB allerede delvis har overdraget sine rettigheder over fryserne til detailhandlerne mod vederlag. HB forbliver således ejer af fryserne, men har overdraget visse rettigheder til detailhandlerne. Følgelig er HB's argument om, at virksomhedens ejendomsret er blevet »eksproprieret«, alene af retorisk karakter. Detailhandlerne skal betale for leveringen af fryseren, og omkostningerne herved er inkluderet i prisen for isene.
- 168 Kommissionen har desuden anført, at selv om det tillades detailhandlerne at benytte HB's fryser til salg af is af andre mærker, er det ikke detailhandlerne, som »profiterer« heraf, eftersom HB kan genvinde sin investering på flere måder, og navnlig ved at opkræve en særskilt leje for at stille fryseren til rådighed. Kommissionen har bestridt HB's påstand om, at det vil være vanskeligt at opkræve en sådan leje, med den begrundelse, at HB allerede fakturerer leverancerne af is til detailhandlerne. Kommissionen har anført, at HB ikke har godtgjort, at en ordning med opkrævning af en særskilt leje ville påføre dets distributionsnet økonomiske driftsforstyrrelser. Kommissionen har endvidere anført, at HB ikke stilles dårligere end konkurrenterne, hvis disse fortsat kan stille fryserne gratis til rådighed for detailhandlerne, idet resultatet, såfremt prisen på isene og prisen på fryseren adskilles, vil være økonomisk neutralt for de detailhandlere, som fortsat køber is hos HB og opbevarer dem i fryserne, som er leveret af HB.
- 169 Kommissionen har anført, at den parallel, som HB har draget mellem virksomhedens ejendomsrettigheder og den intellektuelle ejendomsret, er forfejlet, eftersom indehaverne af intellektuelle ejendomsrettigheder gives en vis beskyttelse, som skal gøre det muligt for dem at genvinde deres investering i det omhandlede

produkt. Ifølge Kommissionen skal der foretages en afvejning af den almene interesse i konkurrence over for den almene interesse i frembringelsen af nye lægemidler eller andre gavnlige resultater, som ud over producenten gavner samfundet som helhed. Den almene interesse i is er af en anden karakter. Kommissionen har for alle tilfælde anført, at selv om HB's situation måtte henhøre under bestemmelserne om intellektuel ejendomsret, viser de sager, HB har henvist til i præmis 165 ovenfor, at indehaveren af en intellektuel ejendomsrettighed ikke nyder en fuldstændig immunitet i forhold til konkurrencereglerne for så vidt angår den måde, hvorpå han afsætter sine produkter.

Rettens bemærkninger

- 170 I henhold til fast retspraksis hører ejendomsretten til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, men den udgør imidlertid ikke nogen absolut forrettighed, idet den skal ses i sammenhæng med sin funktion i samfundet. Udøvelsen af ejendomsretten kan derfor underkastes begrænsninger, forudsat disse er i overensstemmelse med de formål, som Fællesskabet forfølger i almenhedens interesse, og ikke henset til det tilstræbte formål udgør et uforholdsmæssigt og uacceptabelt indgreb, der krænker selve de garanterede rettigheders kerne (Domstolens dom i Hauer-sagen, præmis 23, dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schräder, Sml. s. 2237, præmis 15, og af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973, præmis 78). EF-traktatens artikel 3, litra g) [efter ændring nu artikel 3, stk. 1, litra g), EF], bestemmer, at Fællesskabets virke, med dets mål for øje, skal indebære »en ordning, som sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes«. Det følger heraf, at anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86 er i Fællesskabets almene interesse (jf. i denne retning generaladvokat M. Cosmas' forslag til afgørelse i Masterfoods og HB-sagen, Sml. I, s. 11369, på s. 11371). Følgelig kan der i medfør af disse bestemmelser fastsættes begrænsninger i ejendomsrettens udøvelse, forudsat at disse ikke er urimelige og ikke gør indgreb i rettens særlige genstand.

171 Den ejendomsret, som er omhandlet i denne sag, vedrører HB's fryserne og virksomhedens ret til at udnytte disse kommercielt. Den anfægtede beslutning gør ikke noget indgreb i HB's ejendomsret til disse aktiver, men fastsætter i den almene interesse regler for en bestemt form for udnyttelse af fryserne, på samme måde som lovgiver i mange medlemsstater f.eks. har fastsat regler til beskyttelse af lejeren. Den anfægtede beslutning berører ikke HB ejendomsretten til fryserne, og forhindrer heller ikke virksomheden i at udnytte aktiverne gennem udleje på kommercielle vilkår. Den bestemmer alene, at HB, hvis virksomheden beslutter sig for at udnytte fryserne ved at levere dem til detailhandlerne »pr. kulance«, ikke kan gøre dette på grundlag af en eksklusivitetsklausul, så længe den har en dominerende stilling på det relevante marked. Det følger heraf, at det er med rette, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har fastslået, at eksklusivitetsklausulen udgør en tilsidesættelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86, for så vidt angår de forretninger, som alene råder over fryserne leveret af HB til opbevaring af impulsis, og som hverken har egne fryserne eller fryserne, som er leveret af en anden producent, og at Kommissionen har meddelt afslag på HB's ansøgning om fritagelse af eksklusivitetsklausulen i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. Kommissionen har herefter pålagt HB straks at bringe disse overtrædelser til ophør og at afholde sig fra at træffe foranstaltninger med samme formål eller virkning. Den anfægtede beslutning sætter således ikke urimelige begrænsninger for HB's udøvelse af sin ejendomsret til fryserne.

172 Desuden bemærkes, at HB's argument, gengivet i præmis 164 ovenfor, om de ulemper, der vil være forbundet med opkrævning af en særskilt leje for virksomhedens fryserne, på baggrund af det i præmis 114 ovenfor anførte må forkastes. Hvad angår HB's argument, som er gengivet i præmis 164 ovenfor, hvorefter virksomheden er blevet stillet dårligere end konkurrenterne, som fortsat ville kunne stille fryserne gratis til rådighed for detailhandlerne, skal Retten bemærke, at HB's distributionsaftaler, til forskel fra virksomhedens konkurrenters, i væsentligt omfang bidrager til afskærmningen af det relevante marked. Hertil kommer, at eftersom HB har en dominerende stilling på markedet, er virksomheden, uafhængigt af årsagerne til denne stilling, særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 57, og præmis 158 ovenfor).

173 Følgelig må det femte anbringende ligeledes forkastes.

Det sjette anbringende om tilsidesættelse af traktatens artikel 190

Parternes argumenter

174 HB har gjort gældende, at den anfægtede beslutning tilsidesætter traktatens artikel 190, i hvert fald for så vidt angår fire forhold. For det første har der fundet en udvikling sted med hensyn til Kommissionen definition af begrebet »afskærmning« af markedet fra meddelelsen af klagepunkter af 1993 frem til meddelelsen af klagepunkter af 1997. HB har tilføjet, at Kommissionen ændrede sin opfattelse af virksomheden i løbet af denne periode. For det andet medfører den omstændighed, at Kommissionen ikke har anvendt den argumentation, som blev fulgt i dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, for så vidt angår anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, på eksklusivitetsklausulen, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet. For det tredje har HB anført, at de konklusioner, Kommissionen har draget af sagens faktiske omstændigheder, er ulogiske, og dermed medfører, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet. For det fjerde medfører den omstændighed, at Kommissionen ikke har redegjort for, hvorfor den ikke har anset HB's krav om frysereksklusivitet for nødvendigt for at opnå de fordele, som følger af HB's aftaler om at stille frysere til rådighed, som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 3, når den såvel i sin meddelelse af klagepunkter af 1993 som i sin meddelelse af 1995 (jf. præmis 12 ovenfor) havde anerkendt, at denne eksklusivitet kunne begrunde en fritagelse, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet.

175 Kommissionen har, støttet af intervenienterne, anført, for det første, at den i medfør af traktatens artikel 190 er forpligtet til at angive de grunde, som har ført til udstedelsen af den faktisk vedtagne beslutning, og ikke dem, som på et tidligere tidspunkt kunne have eller ikke kunne have ført til, at den havde truffet en anden beslutning. For det andet har Kommissionen gjort gældende, at den ikke

efterfølgende har ændret sin vurdering af 1993 væsentligt. Under alle omstændigheder har den ret til at ændre sin stillingtagen i forhold til den oprindelige, hvis der foreligger nye faktiske omstændigheder. Kommissionen har således taget hensyn til dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen og i sagen Schöller mod Kommissionen, som er afsagt efter meddelelsen af klagepunkter af 1993.

Rettens bemærkninger

- 176 Ifølge fast retspraksis afhænger omfanget af begrundelsespligten af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive institutionens argumentation, dels for at give de interesserede parter tilstrækkelige oplysninger til at kunne fastslå, om der er grundlag for beslutningen, eller om der eventuelt foreligger en sådan fejl, at den kan anfægtes, dels for at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at efterprøve beslutningens lovlighed (Rettens dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1739, præmis 226, og af 17.2.2000, sag T-241/97, Stork Amsterdam mod Kommissionen, Sml. II, s. 309, præmis 73). Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter traktatens artikel 190, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. bl.a. Domstolens dom af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabrik mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 19, af 14.2.1990, sag C-350/88, Delacre m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 395, præmis 15 og 16, og af 29.2.1996, sag C-56/93, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 723, præmis 86).

- 177 Det bemærkes indledningsvis, at HB i sit andet og tredje argument, gengivet i præmis 174 ovenfor, ikke foretager den nødvendige sondring mellem begrundelseskravet og den anfægtede beslutnings materielle lovlighed. Under dække af et anbringende om utilstrækkelig begrundelse har HB således foreholdt Kommissionen, at den har begået en retlig fejl og har anlagt et urigtigt skøn ved vurderingen af de faktiske omstændigheder. HB rejser ikke kritik af den manglende begrundelse, men anfægter snarere begrundelsens rigtighed. Det følger heraf, at disse argumenter må forkastes inden for rammerne af dette anbringende.

- 178 Hvad angår HB's første og fjerde argument bemærkes, at Kommissionen bl.a. i betragtning 7 og 247 til den anfægtede beslutning har forklaret, at den havde taget sin oprindeligt positive vurdering i meddelelsen af 15. august 1995 op til fornyet overvejelse, idet de af HB foreslåede ændringer af virksomhedens distributionsystem ikke havde fået de forventede resultater med hensyn til den frie adgang til forretningerne. Kommissionen har således begrundet sin beslutning om at ændre sin oprindelige stillingtagen tilstrækkeligt. Desuden fremgår det klart af betragtning 241 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke fandt, at HB havde godtgjort, at de fordele, som ifølge virksomheden var forbundet med distributionsaftalerne, som bidrog til at forbedre produktionen og distributionen, og som bl.a. forbrugerne fik fordel af, ikke ville kunne opnås ligeså effektivt uden en eksklusivitetsklausul til fordel for HB's produkter, og dermed uden at fryser- og isleverancerne var forbundet. Det fremgår endvidere af betragtning 247, at de omhandlede aftaler bl.a. af denne grund ikke kunne fritages i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.
- 179 Det følger heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af den begrundelsespligt, som er fastsat i traktatens artikel 190, må forkastes.

Det syvende anbringende om tilsidesættelse af grundlæggende fællesskabsretlige principper

Parternes argumenter

- 180 HB har gjort gældende, at Kommissionen, ved at have fragået det i dens meddelelse af 1995 anførte (jf. præmis 12 ovenfor), har tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, idet der ikke foreligger en »afgørende offentlig interesse«. Omstændighederne omkring den »aftale«, Kommissionen indgik med HB i 1995, vedrørende ændringerne af virksomhedens distributions-

system og HB's opfyldelse af denne aftale har skabt forventninger hos virksomheden, dels om at Kommissionen ville træffe en positiv afgørelse vedrørende de tillempede aftaler om frysereksklusivitet, dels om at den hverken ville ændre sin stillingtagen eller omformulere sagsfremstillingen for så vidt angår de faktiske og retlige omstændigheder. HB har tilføjet, at hvis forretningsverdenen ikke kan have tillid til, at Kommissionen opfører sig som aftalt, mister ordningen med »comfort letters« og uformelle afgørelser af sager sin troværdighed.

181 HB har gjort gældende, at Kommissionen ligeledes har tilsidesat subsidiaritetsprincippet og sin forpligtelse til et loyalt samarbejde med de nationale domstole. Virksomheden har anført, at en identisk sag verserede for de irske domstole, og at Fællesskabet ikke havde nogen interesse i, at Kommissionen greb ind, eftersom sagen vedrørte et irsk selskabs levering af produkter, som er særlige for det irske marked, til irske forbrugere og gennem irske detailhandlere.

182 HB har ligeledes gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat restsikkerhedsprincippet ved at vedtage den anfægtede beslutning, eftersom der verserede en appel for de irske domstole, i hvilken der forud for vedtagelsen af beslutningen var blevet fastsat en dato for retsmødet. HB har endvidere anført, at High Court havde truffet en afgørelse, som var diametralt modsat Kommissionens. Selv om Kommissionen var forpligtet til at tage klagerens interesser i betragtning, fremgår det klart af Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1993 C 39, s. 6), at »der [ikke] er tilstrækkelig stor fællesskabsinteresse i at gå videre med en sag, hvis klageren vil kunne få sine rettigheder tilgodeset i tilstrækkeligt omfang ved de nationale domstole. I disse tilfælde vil sagen normalt blive henlagt«.

183 HB har desuden anført, at den anfægtede beslutning tilsidesætter proportionalitetsprincippet, idet den berøver HB den økonomiske værdi af virksomhedens frysere, hvorved den foretager et urimeligt indgreb i HB's ejendomsret.

Beslutningen er desuden urimelig i den forstand, at den sætter HB's aftaler om tilrådighedsstillelse af frysere ud af kraft på den del af markedet, som angiveligt er afskærmet, hvilket er i strid med Delimitis-dommen og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, hvori det ifølge HB er anerkendt, at det ikke er nødvendigt, at alle hindringer for markedsadgangen fjernes, blot der foreligger en reel mulighed for at trænge ind på markedet og for at ekspandere. Hertil kommer, at den anfægtede beslutning tilsidesætter proportionalitetsprincippet og er diskriminerende, idet den ikke blot med hensyn til fortiden, men også for fremtiden forbyder, at HB i forhold til den berørte kategori af detailhandlere stiller krav om fryseresklusivitet. I dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen annullerede Retten den del af Kommissionens beslutning, som forbød Langnese-Iglo at indgå eksklusive købsaftaler indtil den 31. december 1997, idet Retten fastslog, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet at udelukke visse virksomheder fra for fremtiden at opnå en gruppefritagelse, mens andre virksomheder fortsat kunne indgå eksklusive købsaftaler som dem, der blev forbudt ved beslutningen.

184 HB har ligeledes anført, at den anfægtede beslutning er diskriminerende, idet den retter et vilkårligt angreb mod virksomhedens adgang til at konkurrere med andre leverandører på samme grundlag som alle de øvrige selskaber, der driver virksomhed på det relevante marked.

185 HB har endelig gjort gældende, at de argumenter, virksomheden har påberåbt sig til støtte for sine anbringender om tilsidesættelse af traktatens artikel 190, ligeledes kan påberåbes til støtte for anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. HB har desuden anført, at Kommissionen ved at afslå at indgå i en dialog med virksomheden med henblik på at finde en løsning på den fejlslagne opfyldelse af »aftalen af 1995« har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til princippet om god forvaltningsskik og dermed har tilsidesat væsentlige formforskrifter.

186 Kommissionen har, støttet af intervenienterne, anført, at HB's berettigede forventning ikke kan være blevet krænket derved, at virksomheden ikke har opnået en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. HB har således ikke

modtaget nogen »præcise løfter« herom, og da det er konstateret, at der er sket overtrædelse af fællesskabsretten, kan HB under alle omstændigheder ikke påberåbe sig sin berettigede forventning.

- 187 Kommissionen er af den opfattelse, at subsidiaritetsbegrebet ikke har betydning for spørgsmålet, om fællesskabsretten skal anvendes af de nationale domstole eller af Kommissionen, idet dette spørgsmål længe har været lovreguleret. Ifølge Kommissionen bygger HB's antagelse på den urigtige forudsætning, at Kommissionen ikke kan forfølge en overtrædelse af traktatens artikel 85 og 86, som den er blevet gjort opmærksom på, hvis denne overtrædelse (som pr. definition forudsætter, at handelen mellem medlemsstaterne er påvirket) kun har virkninger på markedet i én medlemsstat.
- 188 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at den ikke har tilsidesat retssikkerhedsprincippet ved at udstede den anfægtede beslutning på et tidspunkt, hvor der verserede en sag for de irske domstole. Kommissionen er af den opfattelse, at det af en række grunde var berettiget, at den traf denne afgørelse. For det første havde HB anmeldt en aftale med anmodning om negativattest eller fritagelse. Det er kun Kommissionen, der har kompetence til at træffe beslutning om fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. For det andet har Kommissionen anført, at der på det tidspunkt, hvor den vedtog den anfægtede beslutning, var en række sager, som verserede for de nationale domstole og konkurrencemyndigheder. Kommissionen har anført, at den var forpligtet til at tage hensyn til klagernes interesser, og at den følgelig var forpligtet til at træffe en hurtig beslutning, efter at den var kommet til den konklusion, at der forelå en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86. Ifølge HB burde Kommissionen have afventet udfaldet af den appel, som var iværksat ved de irske domstole, før den vedtog den anfægtede beslutning. Retssikkerhedsproblemet ville imidlertid ikke være blevet løst. Vedtagelsen af den anfægtede beslutning ville blot være blevet udskudt.
- 189 Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke har tilsidesat proportionalitetsprincippet. Den anfægtede beslutning har ikke ophævet HB's ejendomsret til fryserne. Beslutningen giver således et konkret eksempel på, hvordan HB kan genvinde sin investering i fryserne ved lovlige midler. HB er ikke fremkommet med nogen gyldig grund til, at det skulle være umuligt at

administrere særskilte faktureringsystemer for isene og for fryserne. HB har gjort gældende, at beslutningen sætter alle de pågældende aftaler ud af kraft, men har selv fortolket Delimitis-dommen og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen således, at det ikke er nødvendigt, at alle hindringer for markedsadgangen fjernes. Kommissionen har hertil anført, at Domstolen i Delimitis-dommen har fastslået, at aftalerne skal ses som en helhed og ikke må anskues hver for sig. Kommissionen har desuden til HB's argument om, at den anfægtede beslutning forbyder eksklusivitetsklausulen ikke blot med virkning for fortiden, men også for fremtiden, gjort gældende, at beslutningen blot forbyder HB at indgå nye aftaler med samme virkning eller genstand som de eksisterende aftaler.

- 190 Kommissionen har bestridt HB's påstand om, at virksomheden er blevet behandlet urimeligt og diskriminerende. Kommissionen har taget hensyn til virkningerne af de øvrige net af aftaler i den anfægtede beslutning (betragtning 204), men har fastslået, at ingen af disse net bidrog i særlig grad til en afskærmning af det relevante marked. Ligebehandlingsprincippet indebærer ikke, at disse aftaler skal forbydes, når de ikke har en mærkbar konkurrencebe-grænsende virkning.
- 191 Kommissionen har endelig gjort gældende, at den ikke har tilsidesat væsentlige formforskrifter.

Rettens bemærkninger

- 192 Hvad angår anbringendet om krænkelse af den berettigede forventning bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at retten til at kræve beskyttelse af den berettigede forventning, som er et af Fællesskabets grundlæggende principper, omfatter enhver borger, som befinder sig i en situation, hvoraf det fremgår, at fællesskabsadministrationen har givet anledning til berettigede forventninger, bl.a. ved at afgive præcise løfter (jf. i denne retning Rettens dom af 8.7.1999, sag

T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij mod Kommissionen, Sml. II, s. 2329, præmis 71, og af 8.11.2000, forenede sager T-485/93, T-491/93, T-494/93 og T-61/98, Dreyfus m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3659, præmis 85).

- 193 Det bemærkes for det første, at Kommissionen ikke har givet HB præcise løfter for så vidt angår de tilsagn, som blev anmeldt ved skrivelse af 8. marts 1995 (jf. præmis 12 ovenfor). Desuden bemærkes, at Kommissionen ikke har vedtaget en beslutning om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, og at den under alle omstændigheder vil kunne tilbagekalde eller ændre en sådan beslutning i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17, såfremt de faktiske forhold har ændret sig på et for beslutningen væsentligt punkt.
- 194 Meddelelsen af 15. august 1995 er udtrykkeligt udstedt med hjemmel i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17. Kommissionen gav således i denne meddelelse indledningsvis udtryk for, at den havde til hensigt at træffe en positiv afgørelse vedrørende de af HB tillempede distributionsaftaler, og opfordrede interesserede tredjeparter til at fremkomme med deres bemærkninger inden for en given frist. Det følger heraf, at den omhandlede meddelelse alene var udtryk for Kommissionens foreløbige stillingtagen, som kunne ændre sig, bl.a. under hensyn til de fra tredjemand indkomne bemærkninger. HB har således ikke alene på grundlag af offentliggørelsen af den pågældende meddelelse i sig selv kunnet have en berettiget forventning om, at Kommissionen ville meddele virksomheden fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3.
- 195 For så vidt angår HB's argument om, at virksomheden har handlet uigenkaldeligt i strid med sine interesser ved at foretage ændringer i sit distributionssystem på grundlag af Kommissionens »forslag« om at træffe en positiv afgørelse vedrørende distributionsaftalerne bemærkes, at hvis den omhandlede meddelelse havde kunnet skabe en berettiget forventning hos HB, kunne denne alene vedrøre den procedure, Kommissionen havde indledt ved sin meddelelse af klagepunkter af 1993, og de indvendinger, Kommissionen var fremkommet med vedrørende HB's distributionsaftaler på dette tidspunkt. Imidlertid har Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke reageret på grundlag af sin meddelelse af klagepunkter af 1993, men har, efter at have konstateret, at de ændringer, som HB havde foretaget i sit distributionssystem, ikke havde fået de forventede resultater med

hensyn til den frie adgang til forretningerne, indledt en ny procedure og rejst nye indsigelser mod dette system i sin meddelelse af klagepunkter af 1997. Eftersom Kommissionen, også hvis den havde meddelt HB fritagelse, ville have haft kompetence — og været forpligtet — til i medfør af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 at tilbagekalde eller ændre denne fritagelse, hvis den havde konstateret, at de fritagne aftaler alligevel havde virkninger, som var uforenelige med de betingelser, som er fastsat i traktatens artikel 85, stk. 3, og navnlig hvis erfaringen havde vist, at de ændringer, HB havde foretaget i sit distributionssystem, ikke havde fået de forventede resultater, er Retten af den opfattelse, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke har tilsidesat princippet om den berettigede forventning ved at udstede meddelelsen af klagepunkter af 1997.

196 Det følger heraf, at dette anbringende bør forkastes.

197 Hvad angår HB's argumenter om, at subsidiaritetsprincippet, princippet om loyalt samarbejde og retssikkerhedsprincippet er blevet tilsidesat, bemærkes, at selv om traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 har direkte virkning i forholdet mellem borgerne og umiddelbart skaber rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte, har dette ikke til følge at fratage Kommissionen dens ret til at træffe afgørelse i en sag, selv om en identisk eller lignende sag verserer for en eller flere nationale domstole, bl.a. på den betingelse, at handelen mellem medlemsstater kan blive påvirket, hvilket ikke er omtvistet i denne sag.

198 Det bemærkes, at HB ikke — ved at påberåbe sig den omstændighed, at den foreliggende sag vedrører et irsk selskabs levering af produkter, som er særlige for det irske marked, til irske forbrugere og gennem irske detailhandlere, samt den omstændighed, at en parallel sag på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning var blevet afgjort af High Court eller verserede ved Supreme Court — i tilstrækkelig grad har godtgjort, at Kommissionen har tilsidesat disse principper eller meddelelsen om dens samarbejde med de nationale domstole om anvendelse af EF-traktatens artikel 85 og 86. Det fremgår klart af den anfægtede beslutning og af Kommissionens skriftlige indlæg, at anvendelse af en eksklusivitetsklausul på fryserne, som leveres til detailhandlere, er en aftalepraksis, som følges af hovedparten af Fællesskabets isproducenter. Hertil kommer, at selskaberne i

Unilever-koncernen spiller en vigtig rolle på markedet for impulsis i en række medlemsstater. Det følger heraf, at de spørgsmål, som er behandlet i den anfægtede beslutning, havde betydning for Fællesskabet i bred forstand, navnlig da forskellige domstole og nationale konkurrencemyndigheder var blevet inddraget i parallelle sager (jf. bl.a. betragtning 275-280 til den anfægtede beslutning). Under disse omstændigheder var Kommissionens vedtagelse af den anfægtede beslutning et hensigtsmæssigt skridt til sikring af, at Fællesskabets konkurrenceregler blev anvendt på samme måde på de forskellige former for eksklusivitet, som praktiseres af isproducenterne, inden for hele Fællesskabets område.

199 Desuden bemærkes, at som Domstolen har fastslået i Masterfoods og HB-sagen, har alene Kommissionen i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 beføjelse til at træffe beslutninger om anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 3. Kommissionen kan ligeledes til enhver tid træffe individuelle beslutninger om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, uanset at den deler sin beføjelse til at anvende traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 med de nationale domstole, og også selv om en aftale eller en praksis allerede har været genstand for en national rets afgørelse og den beslutning, som Kommissionen har til hensigt at træffe, er i strid med den nævnte retsafgørelse (jf. i denne retning Masterfoods og HB-dommen, præmis 47 og 48, og Delimitis-dommen, præmis 44 og 45). Eftersom Kommissionen under forhandlingerne havde modtaget en anmodning fra HB om fritagelse, og havde modtaget klager, bør HB's argumenter om subsidiaritet forkastes.

200 Disse argumenter bør derfor forkastes.

201 For så vidt angår HB's argument om, at den anfægtede beslutning tilsidesætter proportionalitetsprincippet og er udtryk for forskelsbehandling, bemærkes, at Retten ikke kan tage dette til følge. Proportionalitetsprincippet stiller krav om, at institutionernes retsakter ikke går ud over, hvad der er egnet til og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål (jf. Domstolens dom af 17.5.1984, sag 15/83,

Denkavit Nederland, Sml. s. 2171, præmis 25). Dernæst bemærkes, at der er tale om forskelsbehandling, når identiske situationer behandles forskelligt, eller forskellige situationer behandles ens.

- 202 For det første bemærkes, på baggrund af bemærkningerne i præmis 170-173 ovenfor, at den anfægtede beslutning ikke indebærer en ubegrundet eller urimelig begrænsning af HB's ejendomsret til fryserne. Desuden bemærkes, at den ikke retter et vilkårligt angreb mod virksomhedens adgang til at konkurrere med andre leverandører på samme grundlag som de øvrige selskaber, der driver virksomhed på det relevante marked, bl.a. fordi den har en dominerende stilling på dette marked, og fordi den til forskel fra de øvrige leverandører i væsentlig grad bidrager til afskærmningen af dette marked (jf. præmis 172 ovenfor).
- 203 For det andet bemærkes, at den omstændighed, at den anfægtede beslutning sætter den eksklusivitetsklausul, som findes i de aftaler om levering af fryserne, der er indgået i Irland mellem HB og detailhandlerne — hvilke aftaler finder anvendelse på fryserne, som er installeret i forretninger, som udelukkende råder over fryseranlæg leveret af HB til opbevaring af enkeltemballerede impulsis, og som hverken har egne fryserne eller fryserne, som er leveret af en anden producent — ud af kraft, ikke indebærer, at denne beslutning er urimelig.
- 204 Et net af distributionsaftaler, som er etableret af en enkelt leverandør, falder nemlig ikke ind under konkurrencereglernes forbud, hvis det ikke i væsentligt omfang, sammen med de lignende aftaler, som er indgået på det relevante marked, herunder af de øvrige leverandører, bidrager til at afskærme dette marked for nye inden- og udenlandske konkurrenter (jf. analogt Delimitis-dommen, præmis 23 og 24, og dommen i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen, præmis 129). Dette medfører, at når der er tale om et net af lignende aftaler indgået af en enkelt producent, skal vurderingen af nettets virkninger for konkurrencen foretages for det samlede kompleks af de individuelle aftaler, som udgør nettet. Retten finder derfor, at det er med rette, at Kommissionen har vurderet HB's distributions-

aftaler som en helhed, og derfor ikke har foretaget en opsplitning af disse aftaler, som påstået af HB. Det fremgår således af Domstolens dom af 7. december 2000 (sag C-214/99, Neste Markkinointi, Sml. I, s. 11121, navnlig præmis 36 og 37), at det kun er undtagelsesvist og under særlige omstændigheder, som ikke foreligger i denne sag, at én leverandørs aftalenet kan opdeles.

- 205 For det tredje bemærkes, at det fremgår af den anfægtede beslutnings artikel 4, at Kommissionen har pålagt HB straks at bringe overtrædelserne af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 til ophør, og at afholde sig fra at træffe foranstaltninger med samme formål eller virkning. Retten finder ikke, at denne bestemmelse er urimelig eller udtryk for forskelsbehandling, eftersom den udelukkende forbyder HB at genindføre eksklusivitetsklausulen under de samme omstændigheder som dem, der er omhandlet i artikel 1 og 3 i den anfægtede beslutning, og således sikrer den effektive virkning af beslutningen ved at forhindre, at den sanktionerede konkurrencebegrænsende praksis følges i fremtiden (jf. analogt punkt 39 i generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i sag C-279/95 P, Langnese-Iglo mod Kommissionen, hvori Domstolen afsagde dom den 1.10.1998, Sml. I, s. 5609).

- 206 Det følger heraf, at dette argument bør forkastes.

- 207 Hvad angår HB's argumenter om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og utilstrækkelig begrundelse bemærkes, at eftersom disse argumenter alene består i en henvisning til de argumenter, som HB har fremsat inden for rammerne af det femte anbringende om tilsidesættelse af traktatens artikel 190, kan Retten ikke tiltræde disse, jf. bemærkningerne i præmis 176-179 ovenfor. Hvad angår HB's argument om nødvendigheden af at forlænge forhandlingerne med henblik på at finde en løsning på den fejlslagne opfyldelse af »aftalen af 1995«, finder Retten heller ikke, at Kommissionen har tilsidesat væsentlige formforskrifter. Kommissionen, der havde konstateret, at de ændringer, som HB havde foretaget i sit distributionssystem, ikke havde fået de forventede resultater med hensyn til den frie adgang til forretningerne, var ikke forpligtet til at fortsætte forhandlingerne i det uendelige, og navnlig ikke, når sagen strakte sig over en lang periode. Kommissionen var således berettiget til at indlede en ny procedure og rejse nye

indsigelser mod dette system i sin meddelelse af klagepunkter af 1997, idet den gav HB mulighed for at svare herpå.

208 Dette argument bør derfor forkastes.

209 Det syvende anbringende bør følgelig forkastes.

210 Det følger heraf, at Kommissionen bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

211 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da HB har tabt sagen, og da Kommissionen har nedlagt påstand herom, bør det pålægges HB at bære sine egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

212 I henhold til artikel 87, stk. 4, tredje afsnit, kan Retten træffe afgørelse om, at andre intervenienter end de i artikel 87, stk. 2 nævnte bærer deres egne omkostninger. Intervenienterne til støtte for Kommissionens argumenter, Mars og Richmond, bærer deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Femte Afdeling)

- 1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- 2) Van den Berg Foods Ltd bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.
- 3) Masterfoods Ltd og Richmond Frozen Confectionery Ltd bærer deres egne omkostninger.

R. García-Valdecasas

P. Lindh

J. D. Cooke

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. oktober 2003.

H. Jung

P. Lindh

Justitssekretær

Afdelingsformand