

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)  
den 27 juli 2005 \*

I de förenade målen T-49/02–T-51/02,

**Brasserie nationale SA (tidigare Brasseries Funck-Bricher et Bofferding),**  
Bascharage (Luxemburg), företrätt av advokaterna A. Carnelutti och L. Schiltz, båda  
med delgivningsadress i Luxemburg,

**Brasserie Jules Simon et Cie SCS, Wiltz (Luxemburg),** företrätt av advokaterna A.  
Carnelutti och J. Mosar,

**Brasserie Battin SNC, Esch-sur-Alzette (Luxemburg),** företrätt av advokaterna A.  
Carnelutti och M. Santini,

sökande,

\* Rättegångsspråk: franska.

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av W. Wils och A. Bouquet, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående dels en talan om ogiltigförklaring av artikel 1 i kommissionens beslut 2002/759/EG av den 5 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/37.800/F3 — Bryggerier i Luxemburg), i den mån beslutet avser sökandena, dels en talan om i första hand ogiltigförklaring av artikel 2 i detta beslut såvitt sökandena däri förpliktas att betala böter och i andra hand en väsentlig nedsättning av nämnda bötesbelopp,

meddelar

**FÖRSTAINSTANSRÄTTEN**  
(andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden A.W.H. Meij samt domarna N.J. Forwood och I. Pelikánová,

justitiesekreterare: byrådirektören I. Natsinas,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 16 mars 2005,

följande

## Dom

### Bakgrund

- 1 De förevarande målen rör kommissionens beslut 2002/759/EG av den 5 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/37.800/F3 — Bryggerier i Luxemburg) (EGT L 253, 2002, s. 21) (nedan kallat beslutet).
  
- 2 Beslutet rör det avtal (nedan kallat avtalet) som den 8 oktober 1985 undertecknades av fem luxemburgska bryggerier (nedan kallade parterna), nämligen Brasserie nationale (nedan kallat Brasserie nationale), Brasserie Jules Simon et Cie, tidigare Brasserie de Wiltz (nedan kallat Wiltz), Brasserie Battin (nedan kallat Battin) (nedan tillsammans kallade sökandena), Brasserie de Diekirch (nedan kallat Diekirch) och slutligen Brasseries Réunies de Luxembourg Mousel et Clausen (nedan kallat Mousel).
  
- 3 År 1999 övertogs Mousel och Diekirch av Interbrew SA (nedan kallat Interbrew). I juli månad 2000 blev Diekirch ett dotterbolag till Mousel. Därvid fick Mousel det nya firmanamnet Brasserie de Luxembourg Mousel-Diekirch (nedan kallat Brasserie de Luxembourg).

4 I beslutet har Brasserie nationale benämningen Brasserie nationale–Bofferding, förkortat Bofferding. Under förhandlingen bekräftade emellertid dess ombud att dessa termer avsåg samma juridiska person. I det följande kommer det att kallas Brasserie nationale.

5 I artikel 1 i avtalet anges följande:

”Syftet med detta avtal är att förebygga och lösa konflikter som i Luxemburg kan uppstå i fråga om den ömsesidiga respekten för och det ömsesidiga skyddet av bryggeri- eller ölklausulerna, [oavsett om en sådan klausul] avfattas separat eller om den ingår i ett annat avtal eller ett annat åtagande ...”

6 I artikel 2 i avtalet föreskrivs följande:

”Med ölklausul avses varje skriftligt avtal, oavsett dess rättsliga giltighet, varaktighet och/eller verkställbarhet mot tredjeman, genom vilket de avtalsslutande bryggerierna kommer överens med ett utskänkingsställe att detta uteslutande skall göra sina inköp av luxemburgskt öl från ett luxemburgskt bryggeris egen produktion eller licensproduktion och/eller av öl som säljs av ett luxemburgskt bryggeri under en bestämd tid och/eller för en bestämd volym öl ...”

7 I artikel 4 i avtalet stadgas följande:

”De avtalsslutande bryggerierna förbjuder sig själva och förbinder sig att strikt förbjuda sina ombud att sälja öl till ett utskänkningsställe som enligt detta avtal är garanterat ett av de andra avtalsslutande bryggerierna.

För det fall ett ombud vid upprepade tillfällen bryter mot detta förbud skall följande gälla:

Det avtalsslutande bryggeriet skall identifiera det aktuella utskänkningsstället som är bundet till det konkurrerande bryggeriet hos dess kund och för alla eventualiteter hävda leveransavtalet. Det skall också hävda detta avtal gentemot ombudet och anmoda ombudet att avstå från alla ölleveranser. Samtidigt skall det begära att det konkurrerande bryggeriet kallar till sig sitt ombud och uppmana det att i vederbörlig ordning upphöra med alla leveranser till en kund som genom avtal är knuten till dess konkurrent, för att på så sätt undvika att på något sätt medverka till sitt ombuds handlingar ...”

8 I artikel 5 i avtalet anges följande:

”Vart och ett av de avtalsslutande bryggerierna förbinder sig att innan det börjar sluta avtal om och/eller leverera öl till ett utskänkningsställe som tidigare fått sina leveranser från ett annat bryggeri att i förhand hos detta förhöra sig om huruvida det finns en ölklausul till dess fördel.

Denna begäran om upplysningar skall skriftligen ställas till det andra bryggeriet som är skyldigt att lämna upplysningarna samt om det är nödvändigt, bifoga handlingar till stöd för dessa som gör det möjligt att konstatera huruvida det finns en ölklausul eller inte... En kopia av denna begäran om upplysningar kan sändas till direktören för Fédération des Brasseurs luxembourgeois (den luxemburgska ölbryggarför-eningen).”

- 9 I artiklarna 6 och 7 i avtalet föreskrivs sanktionsåtgärder för det fall artiklarna 4 och 5 inte iakttas. I artiklarna 8, 9 och 10 föreskrivs förliknings-, skiljedoms-, respektive rådgivningsförfaranden. Enligt artikel 11 finns en möjlighet att säga upp avtalet i händelse av att ett utländskt bolag övertar kontrollen eller [i händelse] av samarbete med ett utländskt bryggeri. Slutligen anges i artikel 12 att avtalet gäller tills vidare med tolv månaders uppsägningstid.
  
- 10 Avtalet har kompletterats med en avsiktsförklaring, också den undertecknad den 8 oktober 1985 (nedan kallad avsiktsförklaringen avseende Battin), som har följande lydelse:

”Battin åsidosätter inte artikel 2 [i avtalet] genom att distribuera öl från dess koncessionsgivare Bitburger Brauerei Th. Simon, Förbundsrepubliken Tyskland, enligt de distributionsformer och -villkor som för närvarande tillämpas.

Om en ändring antingen av formerna och villkoren för denna distribution, eller en kännbar ökning av volymen i framtiden skulle komma att rubba den nuvarande distributionsbalansen ... får avtalet när som helst sägas upp med avseende på Battin.”

- 11 Avtalet har också kompletterats med en avsiktsförklaring som undertecknades i samband med det sammanträde som Fédération des brasseurs luxembourgeois (den luxemburgska ölbryggarföreningen, nedan kallad FBL) höll den 2 december 1986 (nedan kallad avsiktsförklaringen rörande utländska bryggerier) och enligt vilken följande skall gälla:

”De bryggerier som slutit det avtal vartill här hänvisas förklarar sig vilja prioritera kundbearbetning och slutande av ett leveransavtal för en av sina luxemburgska kolleger i händelse att skriftliga indikationer från det bryggeri som har leveransavtalet skulle leda till antagandet att en av dess kunder, även om denne är bunden gentemot en av dem av en leveransklausul inom ramen för avtalet, uppvaktas och planerar att sluta ett leveransavtal med ett utländskt bryggeri.

För det fall ett avtalsslutande bryggeri skulle sluta ett leveransavtal med den tidigare kunden till ett annat avtalsslutande bryggeri som skriftligen gett detta hemförsäljningsföreträdare förbinder sig förstnämnda bryggeri att så snart ett sådant utbyte är möjligt att erbjuda en av sina kunder med en likvärdig ställning för hemförsäljning från detta bryggeri.”

### **Det omtvistade beslutet**

- 12 I beslutet anses att syftet med avtalet i första hand är att bevara parternas respektive kundkretsar inom hotell- och restaurangsektorn (Horeca) i Luxemburg och i andra hand att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i denna sektor (skälen 47–73).

- 13 Därefter anses det att avtalet kunde förmodas begränsa konkurrensen inom denna sektor avsevärt och avsevärt påverka handeln mellan medlemsstaterna. Slutsatsen enligt beslutet är därför att parterna genom att sluta avtalet överträtt artikel 81.1 EG (skälen 74–85).
- 14 Enligt beslutet har överträdelsen varit uppsåtlig i den mening som avses i artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] i fördraget (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) som gällde vid den tidpunkten (skälen 89 och 90).
- 15 I artikel 1 i beslutet anges sålunda följande:

”[Parterna] har brutit mot artikel 81.1 [EG] genom att sluta ett avtal som syftade till att bevara deras respektive kunder inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg och till att hindra utländska bryggerier att göra inbrytningar i denna sektor.

Överträdelsen varade från oktober 1985 till februari 2000.”

- 16 I artikel 2 i beslutet påförs Brasserie nationale böter med 400 000 euro medan Wiltz och Battin påförs böter med 24 000 euro vardera.



## **Förfarandet**

- 17 Sökandena har väckt talan i förevarande mål genom tre ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 26 februari 2002.
- 18 De skriftliga förfarandena varade till den 25 november 2002.
- 19 Efter att ha hört parterna beslutade ordföranden på förstainstansrättens andra avdelning den 15 februari 2005 att, enligt artikel 50 i förstainstansrättens rättegångsregler, förena målen vad gäller det muntliga förfarandet samt domen.
- 20 Eftersom ordföranden för andra avdelningen varit förhindrad att delta i avgörandet utsåg förstainstansrättens ordförande den 22 februari 2005, med stöd av artikel 32.2 i förstainstansrättens rättegångsregler, domaren N.J. Forwood för att göra avdelningen beslutsför.

## **Parternas yrkanden**

- 21 I vart och ett av målen har vederbörande sökande yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artikel 1 i beslutet såvitt det däri anges att sökanden överträtt artikel 81.1 EG,

- i vart fall ogiltigförklara artikel 2 i beslutet såvitt sökanden däri förpliktas att betala böter och i andra hand väsentligt sätta ned bötesbeloppet, samt
  
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

22 Kommissionen har i vart och ett av målen yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och
  
- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

### **Rättslig bedömning**

23 Var och en av sökandena har i vart och ett av målen åberopat två grunder. Den första avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG och den andra ett åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG.

#### *1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 81.1 EG*

24 Den första grunden sönderfaller i fem delar. Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen vid bedömningen av avtalets syfte inte i tillräcklig mån

har tagit hänsyn till dess sammanhang, för det andra att kommissionen funnit att avtalet kunde tillämpas i avsaknad av ölklausul, för det tredje att den ansett att avtalet var en överenskommelse om bevarande av kunder och att det följaktligen hade ett konkurrensbegränsande syfte, för det fjärde att kommissionen funnit att avtalets syfte var att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg och för det femte att den funnit att avtalet hade kännbara verkningar på konkurrensen.

- 25 I detta hänseende påpekar förstainstansrätten att den första grundens tredje del avser det första konkurrensbegränsande syftet som kommissionen har lagt till grund för sin bedömning, nämligen att bevara parternas respektive kundkretsar inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg, medan denna grundens fjärde del avser det andra konkurrensbegränsande syftet som kommissionen har lagt till grund för sin bedömning, nämligen att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg. Genom den första grundens första del påpekas en bristande motivering vad gäller bedömningen av syftet med avtalet.
- 26 Härav följer att den första grundens tredje, fjärde och första delar samtliga rör bedömningen av syftet med avtalet. De bör därför prövas tillsammans.

*Bedömningen av syftet med avtalet (den första grundens tredje, fjärde och första delar)*

Det omtvistade beslutet

- 27 I beslutet anges först att parterna enligt protokollet från FBL:s sammanträde den 7 oktober 1986, i dess lydelse enligt protokollet från sammanträdet den 2 december

1986, var eniga om en vidare tolkning av begreppet ölklausul än den som avses i artikel 2 i avtalet. I protokollet av den 7 oktober 1986 anges (skäl 9) följande:

”[Parterna är] överens om att utvidga ölklausulen till

- verksamhet som består i att arrendera och ekonomiskt delta i uppbyggnaden av ett kafé utan att någon ölklausul uttryckligen anges, till exempel där bryggeri X arrenderar en fastighet och deltar ekonomiskt i utnyttjandet av fastigheten, men utan att komma överens om några förpliktelser med ägaren,
  
- upplåtelse av en utskänkingsrätt från ett bryggeri utan att en ölklausul uttryckligen nämns.

Dessa båda tolkningar utgör en del av de befintliga bestämmelserna inom detta område.”

- 28 Enligt detta beslut bekräftas denna tolkning genom en skrivelse av den 23 oktober 1991 från Wiltz till FBL i vilken följande framgår (skäl 9):

”Bryggarna godtar att utvidga ölklausulen till

- verksamhet som består i att arrendera, och

— en utskänkningsrätt av något slag som ett bryggeri ställer till förfogande.”

- 29 Vad beträffar den rättsliga bedömningen av syftet med avtalet anges följande i beslutet (skäl 47):

”Avtalet syftar främst till att begränsa konkurrensen mellan de avtalslutande bryggerierna genom att bevara deras respektive kundkretsar inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg. Det är detta som följer av artiklarna 4 och 5 i avtalet samt av artiklarna 6 och 7, vilka innehåller föreskrifter om sanktioner i händelse att dessa bestämmelser överträds (se skälen 48–66). Dessutom syftar avtalet till att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg. Detta andra konkurrensbegränsande syfte härrör framför allt från den andra avsiktsförklaring som bifogats avtalet (skäl[en] 67–73).”

- 30 Vad beträffar det första konkurrensbegränsande syftet med avtalet anses att det enligt artikel 4 i avtalet var förbjudet för vart och ett av de avtalslutande bryggerierna och dess ombud att leverera öl till utskänkningsställen som är garanterade andra luxemburgska bryggerier. Enligt beslutet gällde detta förbud tre typfall och innebar en konkurrensbegränsning i vart och ett av dessa fall, nämligen det fall då ett leveransavtal eller en ölklausul helt saknas, det fall då en ölklausul inte är giltig eller inte kan hävdas mot tredjeman och det fall då en ölklausul är giltig. I vart och ett av dessa fall var själva syftet med avtalet konkurrensbegränsande (skäl 48).

- 31 Vad beträffar det första fallet anges att när ett bryggeri finansierade utrustningen eller tog upp en utskänkningsrätt men inte slöt ett avtal med utskänkningsstället eller inte krävde en klausul om exklusiva inköp, var det enligt artikel 4 i avtalet

förbjudet för detta utskänkningsställe att köpa öl av andra luxemburgska bryggerier. Detta innebar för det första att det första bryggeriet behöll sin kundkrets och för det andra att utskänkningsställets och utomstående bryggeriers handlingsfrihet begränsades (skäl 50).

- 32 Vad beträffar det andra fallet anges att avtalet gick utöver de i lag föreskrivna begränsningarna på det sättet att det ålade parterna att respektera ölklausuler som inte var giltiga eller som var omöjliga att göra gällande mot tredjeman, till exempel på grund av en överträdelse mot bryggeriets avtalsmässiga skyldigheter gentemot utskänkningsstället. Parterna minskade sålunda sin handlingsfrihet och skaffade sig själva fördelar när det gällde att behålla sin kundkrets och rättsliga säkerhet på ett sätt som inte skulle vara möjligt under normala konkurrensvillkor. Det tilläggs att den rättspraxis i Luxemburg som innebar att kontrakt upphävdes på grund av att priser och volymer inte hade fastställts sedan mars månad 1996 inte längre gäller men att parterna ändå inte upphävde avtalet vid denna tidpunkt. Vidare utsträckte uttrycket "oavsett deras rättsliga giltighet, varaktighet och möjligheter att hävdas mot tredjeman" enligt beslutet i själva verket den garanti som avses i artikel 4 till kontrakt som är ogiltiga eller omöjliga att göra gällande mot tredjeman av andra skäl än att priset eller volymen inte hade fastställts (skälen 52–55).
- 33 Vad gäller det tredje fallet framgår det av beslutet för det första att det av artikel 4 i avtalet framgick att "all försäljning av öl till ett utskänkningsställe som ... är garanterat ett av de andra avtalsslutande bryggerierna" var förbjuden, medan den i artikel 7.1 i kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av ... artikel [81].3 [EG] på grupper av exklusiva inköpsavtal (EGT L 173, s. 5; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 52), i dess senaste lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1582/97 av den 30 juli 1997 (EGT L 214, s. 27) föreskrivna skyldigheten endast avsåg öl av samma typ som det som levererades av det avtalsslutande bryggeriet. För det andra var det förbjudet enligt avtalet med leveranser till ett utskänkningsställe som är garanterat ett annat avtalsslutande bryggeri, samtidigt som den civilrättsliga sanktion som föreskrivs för sådana leveranser enligt parternas utsago begränsas till betalning av skadestånd. Av olika skäl skulle ett utskänkningsställe kunna bryta sitt kontrakt varvid det får ta på sig de ekonomiska följderna av detta. Avtalet har dock eliminerat möjligheten till skiljeförfarande för utskänkningsställena och har därför tjänat till att bevara ineffektiva förbindelser (skälen 56–58).

- 34 I beslutet anges vidare att de konkurrensbegränsningar som föreligger på grund av syftet med avtalet för det första beror på att detta, vilket inte bestritts av parterna, var tillämpligt även när det inte förelåg något leveransavtal eller någon "ölklausul" som kunde vara föremål för en tvist (skäl 59).
- 35 För det andra påpekas det att avtalet föregicks av flera andra avtal mellan bryggerier i Luxemburg, till exempel avtalet av den 1 september 1966, som inbegrep samtliga avtalslutande bryggerier, samt avtalen av den 13 juni 1975 och av den 28 april 1983, vilka inbegrep Brasserie nationale och Mousel. I dessa tidigare avtal ålades också de avtalslutande bryggerierna att helt respektera varandras kundkretsar utan hänvisning till någon klausul om exklusiva inköp, och utan att redovisa något som helst problem rörande rättsosäkerhet. Enligt beslutet kan man vid tolkningen av avtalet inte helt bortse från detta historiska sammanhang som är ägnat att ifrågasätta det rättsosäkerhetsmotiv som parterna åberopat till stöd för avtalet (skäl 60).
- 36 För det tredje anges det att bedömningen av syftet med ett avtal inte är beroende av parternas subjektiva avsikter i den mån avtalet uppenbart begränsar eller snedvrider konkurrensen (skäl 61).
- 37 Kommissionen har för det fjärde betonat i beslutet att det problem med rättsosäkerhet som parterna åberopar enligt tillämpliga nationella civilrättsliga regler berör en rad olika typer av kontrakt inom olika industrisektorer och i olika medlemsstater. Det utgör en del av de olika affärsrisker som företagen självständigt måste hantera. Enligt beslutet "[motiverar inte d]etta problem ... ett avtal vars fördelar är reserverade för nationella företag" och "bör ... inte beviljas ett undantag" enligt artikel 81.1 EG (skäl 62).

- 38 Av beslutet framgår vidare att direktören för FBL uttryckligen erkänt avtalets rättsliga ogiltighet genom att vid ett förlikningssammanträde mellan Brasserie nationale och Diekirch den 19 mars 1996 notera att "... även om bestämmelserna i avtalet mellan bryggerier inte har något rättsligt värde så är det andan i dessa som styr" (skäl 63).
- 39 I beslutet anges också att artikel 5 i avtalet förstärker konkurrensbegränsningen enligt artikel 4 genom att säkra en effektiv tillämpning av denna och att artiklarna 6 och 7 syftar till att förstärka de skyldigheter som parterna åläggs i artiklarna 4 och 5 i avtalet, och sanktionerna sträcker sig längre än de avhjälpande åtgärder som föreskrivs i civillagstiftningen (skälen 64–66).
- 40 Vad beträffar det andra konkurrensbegränsande syftet, nämligen att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i denna hotell- och restaurangsektor i Luxemburg, anges i beslutet att det i avsiktsförklaringen rörande utländska bryggerier föreskrivs att parterna skall samråda för att prioritera kundbearbetning för en av sina "luxemburgska kolleger" och, för det fall denna kundbearbetning skulle ge resultat, en mekanism för utbyte av utskänkningsställen mellan de båda berörda parterna. Detta syfte bekräftas av att direktören för FBL vid det ovannämnda förlikningssammanträdet den 19 mars 1996 förklarade att "[d]et handla[de] om att undvika ... att utländska bryggerier etablera[de] sig i mängd på [deras] marknad". Även om dessa kommentarer inte är bindande för parterna bör de beaktas vid tolkningen av avtalet eftersom de framförts vid ett sammanträde rörande avtalets tillämpning. Detta andra konkurrensbegränsande syfte kan enligt beslutet inte ses isolerat från det första eftersom en begränsning av utländska bryggeriers inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg bidrog till att bevara stabila förhållanden mellan parterna. Avsiktsförklaringen rörande Battin syftade till att bevara "den aktuella jämvikten mellan parterna", vilket antyder att parterna ansåg att den berörda sektorn hade en viss jämvikt som borde skyddas. Slutligen anges i beslutet att det enligt artikel 11 i avtalet finns möjlighet att säga upp avtalet gentemot ett avtalsslutande bryggeri som samarbetar med ett utländskt bryggeri (skälen 67–73).



## Parternas argument

— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att bevara kundkretsen (den första grundens tredje del)

- 41 Sökandena har gjort gällande att kommissionen gjorde fel då den betecknade avtalet som en överenskommelse om att bevara kundkretsen och att avtalet därmed är konkurrensbegränsande på grund av sitt syfte.
- 42 Enligt sökandena var nämligen det enda syftet med avtalet att åstadkomma respekt för den ensamrätt som utskänkingsställena och bryggerierna träffat avtal om, avtal som enligt domstolen inte har något konkurrensbegränsande syfte (dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65). Brasserie nationale har tillagt att detta syfte med avtalet framgår av vart och ett av de fall där avtalet har åberopats, vilka redovisas i beslutet.
- 43 Sökandena har beträffande påståendet om att avtalets fördelar endast kom de nationella bryggerierna till godo (skäl 62 i beslutet) gjort gällande att avtalet var öppet för alla bryggerier i Luxemburg. De har tillagt att Mousel och Diekirch inte utmanövrerades från avtalet sedan de hade övertagits av Interbrew.
- 44 Enligt sökandena gjorde det informationsutbyte som föreskrevs i artikel 5 i avtalet det möjligt att avgränsa dess räckvidd till skriftliga ölklausuler. I en kopia av kontraktet har de ekonomiskt känsliga uppgifterna dolts. Brasserie nationale har tillagt att artikel 4 i avtalet endast är uttryck för parternas åtagande att iakttä ensamrätten. Begreppet ”garanterat utskänkingsställe”, som används i den

bestämmelsen, innebär endast "bunden" till ett bryggeri på grund av en ölklausul, vilket bekräftas av det tredje stycket i bestämmelsen i fråga.

- 45 Vad beträffar de i skäl 60 i beslutet nämnda avtalen, som föregått avtalet, har sökandena gjort gällande att bedömningen av dessa i beslutet är felaktig. De har påpekat att 1980 och 1981 års avtal och avtalet, i motsats till 1975 och 1983 års avtal, hade till syfte att säkerställa de avtalsmässigt överenskomna ensamrätterna. Brasserie nationale har vidare angett att de flesta av dessa avtal härrör från tiden före EEG-fördraget, att de överenskommelser som därefter kommit till stånd var bindande för endast två av parterna, att bland de sistnämnda överenskommelserna 1980 års avtal hade förbisetts av kommissionen, att den enda multilaterala överenskommelsen härrör från år 1966, således före övergångsperiodens utgång, och utlöpte långt före avtalet.
- 46 Vad beträffar direktörens för FBL i skäl 63 i beslutet nämnda uttalande (se ovan punkt 38), har Brasserie nationale ifrågasatt direktörens auktoritet med hänsyn till att FBL har ett begränsat uppdrag och att dess direktörs ställning knappast gör det möjligt för honom att ha kännedom om marknaden. Dessutom är hans åsikt om avtalets giltighet felaktig. Eftersom avtalet endast hade till syfte att säkerställa iakttagandet av överenskommelser om ensamrätter som inte var gränsöverskridande, omfattade det enligt Brasserie nationale inte import eller export (domstolens dom av den 18 mars 1970 i mål 43/69, Bilger, REG 1970, s. 127). Enligt Brasserie nationale behövde avtalet därför inte anmälas enligt artikel 4.2 i förordning nr 17, varför det var giltigt fram till dess att det eventuellt konstaterades att en överträdelse hade begåtts. Wiltz och Battin har också ifrågasatt auktoriteten av direktörens för FBL ovannämnda förklaring och har också påpekat att avtalet inte omfattade import eller export.
- 47 Sökandena har vidare gjort gällande att avtalet ingicks av tre skäl. Brasserie nationale har endast åberopat dessa tre skäl vad gäller de i beslutet nämnda andra och tredje typfallen, nämligen det fall att en ölklausul inte är giltig eller inte kan hävdas mot

tredjeman och det fall att en ölklausul är giltig. Brasserie nationale har åter påpekat att det första typfallet, det vill säga det fall då en ölklausul helt saknas, inte omfattas av avtalets tillämpningsområde.

48 Sökandena har beträffande det första skälet gjort gällande att kontrakt som innehåller ölklausuler på grundval av fransk rättspraxis angående liknande bestämmelser i den franska civillagen ständigt ogiltigförklaras av luxemburgska domstolar av det skälet att de inte preciserar pris och volym. Brasserie nationale har tillagt att avtalet utgjorde en alternativ tvistlösningsmetod som med hänsyn till denna rättspraxis skingrade tvivlen i fråga om ölklausulernas giltighet och att det var för detta ändamål som orden "oavsett dess rättsliga giltighet ... och/eller verkställbarhet mot tredjeman" hade tagits in i artikel 2 i avtalet.

49 Sökandena har påpekat att risken för att ett kontrakt som innehåller en ölklausul påstås vara ogiltigt inför luxemburgska domstolar förelåg oavsett utgångspunkten för rättegången, på så sätt att en stämning, inklusive en stämning med anledning av att kontraktet sagts upp eller inte tillämpats, utsatte det berörda bryggeriet för denna risk. Även om ovannämnda franska rättspraxis hade frångåtts år 1995, vilken utveckling i Luxemburg följdes genom en enda dom i första instans från mars månad 1996, var denna enda dom enligt sökandena inte tillräcklig för att undanröja denna risk. Det har knappast någon betydelse att denna franska rättspraxis varit enhällig eller företräts av en majoritet av ledamöter. Brasserie nationale har som svar på kommissionens argument tillagt att den omständigheten att fransk rättspraxis ändrats i två steg saknar inverkan vad gäller det faktiska datumet för ändringen i luxemburgsk rättspraxis, att man fick vänta i tre fyra år för att en luxemburgsk dom i andra instans i ett mål angående öl skulle anamma denna franska ändring och att tänkbara lösningar för att följa denna rättspraxis också präglades av osäkerhet och i vart fall inte var lämpade för öldistributionen. Vad beträffar det begärda tillägget för att uttrycka det faktum att avtalet omfattade andra ogiltighetsfall än dem som rörde det faktum att priset och volymen inte var bestämda, har Brasserie nationale hävdat att den omständigheten att detta tillägg inte formellt sett har införts just visar att detta inte godtagits av parterna.

- 50 Vad gäller det andra skälet har sökandena påstått att det bryggeri som med ett utskänkingsställe slutit ett nytt kontrakt som innehåller en ölklausul utsattes för risken att stämmas av ett annat bryggeri för medverkan till överträdelse av detta utskänkingsställes förpliktelser. Enligt sökandena kunde denna risk, hur marginell den än var enligt ovannämnda rättspraxis angående ogiltighet, medföra ett långt och kostsamt förfarande. Om medverkan i marginella fall däremot kunde vara ett medel för det bryggeri som utsatts för utskänkingsställets brist på lojalitet, krävde detta, för att det skulle vara verksamt, ett liknande förfarande.
- 51 Vad beträffar det tredje skälet har sökandena gjort gällande att det för bryggerier inte fanns något verksamt rättsmedel för att säkerställa att överenskomna ensamrätter iakttogs. Att kompensera luckor i den nationella rätten utgör ett klassiskt motiv för att tillämpa privaträttsliga bestämmelser. Luxemburgska domstolar har ensam behörighet att pröva frågan huruvida avtalet innebar att tvingande rätt åsidosattes, varför det bör presumeras vara giltigt.
- 52 Sökandena har vidare gjort gällande att de inte begränsat sin handlingsfrihet utan att de snarare utnyttjat denna för att säkerställa att de ingångna avtalen hölls. Även om man antar att avtalet haft en konkurrensbegränsande verkan som kan skiljas från den som är följden av ölklausulerna, är den befogad för att bibehålla handelslojaliteten. Brasserie nationale har härvid åberopat domstolens dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral, kallad Cassis de Dijon (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377), och av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002 s. I-1577). Enligt sökandena kan inte rättsläget i luxemburgsk rätt vara en gräns som bestämmer den garantinivå som de kunde ge sig för att säkerställa denna handelslojalitet. För övrigt bemödar de sig om att göra en analogi med artikel 5 c i uppförandekodexen för sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombud (nedan kallad uppförandekodexen), vilken bestämmelse kommissionen i det beslut som kom att behandlas i förstainstansrättens dom av den 28 mars 2001 i mål T-144/99, Sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombud mot kommissionen (REG 2001, s. II-1087), punkterna 89 och 90, medgett inte kunde ifrågasättas. Enligt sökandena var det enligt avtalet endast förbjudet att träffa avtal med ett utskänkingsställe som redan var bundet till en konkurrent genom ett kontrakt som innehöll en ölklausul, dock innebar avtalet inget förbud när den handelsmässiga relationen hade upphört.

- 53 För övrigt har sökandena ifrågasatt den omständigheten att avtalet skyddat "ineffektiva förbindelser mellan bryggeri och utskänkningsställe" (skäl 57 i beslutet). Begreppen giltighet och verkställbarhet mot tredjeman som anges i artikel 2 i avtalet avser nämligen endast sådana fel som har en inverkan på kontraktet vid dettas tillkomst, och syftet med eller följden av avtalet har inte varit att förbjuda uppsägningar i händelse av allvarliga överträdelser från bryggeriets sida gentemot utskänkningsstället.
- 54 Vad beträffar synpunkten att avtalet var mer restriktivt än ölklausulerna i det att det enligt dess artikel 4 var förbjudet "att sälja öl" till ett utskänkningsställe som var bundet till en av de andra parterna (skäl 56 i beslutet), har sökandena gjort gällande att avtalet endast var tillämpligt på öl av pilsnertyp. Brasserie nationale har påpekat att begreppet öl för ett luxemburgskt bryggeri endast avsåg öl av denna typ, varvid bolaget tillagt att Mousel och Diekirch inte började distribuera andra ölsorter förrän långt efter det att avtalet hade träffats. Wiltz och Battin har uppgett att artikel 4 endast kunde ha som syfte att hindra parterna från att leverera öl som de tillverkade eller distribuerade. Denna öl var emellertid endast av pilsnertyp.
- 55 Slutligen har Brasserie nationale hävdats att det system för informationsutbyte som avsågs i avtalet inte hade något samband med det system som var föremål för prövning i dom av den 27 oktober 1994 i mål T-34/92, Fiatagri och New Holland Ford mot kommissionen (REG 1994, s. II-905), och i mål T-35/92, Deere mot kommissionen (REG 1994, s. II-957). Dessa är de enda domar där förstainstansrätten vidtagit sanktionsåtgärder mot informationsutbyte som inte gäller priser och som inte utgör ett underlag för en annan konkurrensbegränsande mekanism.
- 56 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna del av den första grunden.

— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att hindra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg (den första grundens fjärde del)

57 Sökandena har uppgett att kommissionen felaktigt ansett att syftet med avtalet var att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg.

58 Enligt sökandena syftade avtalet nämligen endast till att motarbeta att ölklausuler åsidosattes på grund av utländska bryggerier, alltmedan möjligheten för ett luxemburgskt bryggeri att med framgång anta ett anbud från ett utskänkingsställe som överväger att träffa avtal med ett utländskt bryggeri bibehölls. Avtalet var dessutom befogat på grund av Luxemburgs speciella situation och särskilt det oproportionerliga maktförhållandet mellan luxemburgska och utländska bryggerier och genom den onormala situation som uppstått på grund av utskänkingsställets bristande lojalitet. Brasserie nationale har tillagt att eftersom ölklausulerna inte ifrågasatts av kommissionen kan denna inte indirekt vidta åtgärder mot dem. Avtalet har för övrigt inte hindrat de utländska bryggerierna från att träffa avtal. Slutligen kan ingen särskild kritik riktas mot den i avsiktsförklaringen rörande utländska bryggerier intagna kompensationsmekanismen.

59 Vad beträffar avsiktsförklaringen rörande Battin, har Brasserie nationale hävdatt att det första stycket däri just uppmuntrar att utländskt öl kommer in i Luxemburg. Ordet balans, som används i det andra stycket, innebär endast ett önskemål om att bevara möjligheten till ett nationellt utbud när ett utskänkingsställe öppnas för konkurrens.

60 Sökandena har vidare uppgett att artikel 11 i avtalet aldrig har genomförts. Brasserie nationale har tillagt att avtalsbestämmelsen inte haft någon avskräckande effekt. Ej

heller har en sådan effekt varit avsedd. Wiltz och Battin har tillagt att artikel 11, såsom medgetts i skäl 72 i beslutet, endast är av underordnad betydelse. Den i avsiktsförklaringen avseende Battin angivna möjligheten till uppsägning utgör alltså inte heller i sig ett hinder.

61 Vad gäller den av direktören för FBL gjorda förklaring som avses i skäl 68 i beslutet har parterna ånyo framfört argumentet att dess auktoritet kan ifrågasättas. Brasserie nationale har tillagt att direktören själv får stå för detta argument och att det inte är representativt för Brasserie nationales åsikt.

62 Slutligen har Brasserie nationale uppgett att beslutet innehåller motsägelsefulla skäl såvitt parterna däri klandras för att de förvägrar utländska bryggerier fördelar som de för övrigt sinsemellan själva anser är oacceptabla.

63 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna del av den första grunden.

— Avtalets sammanhang har inte tillräckligt beaktats vid bedömningen av dess syfte (den första grundens första del)

64 Sökandena har gjort gällande att kommissionen vid bedömningen av syftet med avtalet inte tillräckligt beaktat dess sammanhang. Detta fel medför att beslutet skall ogiltigförklaras. Detta gäller i än högre grad som beslutet gett upphov till allvarliga missförstånd vid tolkningen av avtalet.

- 65 Sökandena har uppgett att det, även om det är överflödigt att visa effekterna av ett avtal som är begränsande genom sitt syfte är nödvändigt att analysera sammanhanget för att identifiera ett begränsande syfte (domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m. fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 23–25). Brasserie nationale har vidare åberopat domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière (REG 1966, s. 337, s. 359 och s. 360), av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen (REG 1984, s. 1679), punkt 26, och domen i det ovannämnda målet Wouters m.fl. (punkt 97), samt förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. II-2035), punkterna 44–53, och av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. II-2459), punkt 76.
- 66 Enligt sökandena har dock den konkreta ram i vilken avtalet haft verkningar med ett undantag när inte haft någon betydelse för bedömningen av dess syfte. Sökandena har vad beträffar det konkreta sammanhanget åberopat den aktuella sektorns livskraft i fråga om marknadsandelar, vilka enligt bryggerierna utsätts för starka svängningar, och den i gemenskapen unika öppningen för importörer i denna sektor. De har uppgett att mer än 33 procent av det öl som förbrukas i Luxemburg är importerat och betonat att det vid gränserna finns viktiga producenter. Brasserie nationale har vidare pekat på en betydande mängd utskänkingsställen som inte är bundna till parterna och vilka kan utgöra en gynnsam grogrund för ytterligare konkurrens mellan luxemburgska och utländska bryggerier. Brasserie nationale har under förhandlingen tillagt att dessa utskänkingsställen var bundna till utländska bryggerier genom ensamrättsklausuler.
- 67 Ingen av de omständigheter som i skälen 59–63 i beslutet angetts till stöd för kommissionens bedömning av syftet med avtalet innehåller en beskrivning av dess ekonomiska sammanhang, inte ens genom en hänvisning till skälen 74–76. Syftet med de sistnämnda skälen är att fastställa hur känslig begränsningen är, vilket är en etapp i resonemanget som skiljer sig från det resonemang enligt vilket avtalet bedöms ha ett konkurrensbegränsande syfte.
- 68 Detsamma gäller bedömningen av begränsningen av konkurrensen gentemot utländska bryggerier (skälen 67–73 i beslutet).



- 69 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna del i den första grunden.

### Förstainstansrättens bedömning

— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att bevara kundkretsen (den första grundens tredje del)

- 70 Inledningsvis skall förstainstansrätten pröva sökandenas argument som framförts för att vederlägga flera av de faktiska omständigheter som kommissionen i sitt beslut lagt till grund för att syftet med avtalet var att bevara kundkretsen.
- 71 Vad beträffar deras ifrågasättande av påståendet att det enligt avtalet var förbjudet att sälja öl till ett utskänkningsställe som var garanterat ett av de andra avtalsslutande bryggerierna (skäl 56 i beslutet), räcker det att erinra om att det i artikel 4 i avtalet uttryckligen står "sälja öl". Mot bakgrund av denna tydliga avfattning skall detta argument lämnas utan avseende såvitt det inte vinner stöd av någon konkret omständighet.
- 72 Detsamma gäller, för det andra, påståendet att de i artikel 2 i avtalet angivna begreppen giltighet och verkställbarhet mot tredjeman endast avsåg sådana fel som hade en inverkan på kontraktet vid dess tillkomst. En sådan begränsning är nämligen inte avsedd i nämnda artikel 2 och vinner inte stöd av någon konkret omständighet.

- 73 Vad för det tredje angår argumentet att det i artikel 5 i avtalet angivna informationsutbytet gjorde det möjligt att avgränsa avtalets räckvidd till skriftliga ölklausuler, räcker det att, i likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen, påpeka att detta argument vederläggs av att avtalet, som kommer att anges i samband med prövningen av den andra delen av denna grund, hade kunnat tillämpas i hela sin räckvidd även om det hade saknats ölklausul.
- 74 För det fjärde har sökandena påtalat att kommissionen i skäl 60 i beslutet beaktat de avtal som föregick avtalet.
- 75 Härvidlag kan först påpekas att 1980 och 1981 års avtal inte behandlats i beslutet. Argumentet att dessa skiljer sig från 1975 och 1983 års avtal är därför inte relevant. Vidare kan konstateras att kommissionen tagit hänsyn till 1966, 1975 och 1983 års avtal endast för att sluta sig till att tolkningen av avtalet inte helt kan skiljas från de sistnämnda avtalen och att dessa var ägnade att ifrågasätta motivet rättsosäkerhet som av parterna åberopats för att berättiga avtalet. I förhållande till denna slutsats är Brasserie nationales påståenden i fråga om dessa avtal irrelevant.
- 76 Sökandena har slutligen påtalat att kommissionen beaktat direktörens för FBL i skäl 63 i beslutet återgivna uttalande angående avtalets protektionistiska anda (se ovan punkt 38).
- 77 I detta hänseende kan förstainstansrätten i likhet med kommissionen påpeka att denne direktör var en aktör och ett privilegierat vittne till avtalet. Det är till exempel utrett att det var vid ett förlikningssammanträde mellan två av parterna som han fällde uttalandet i fråga. I artikel 5 i avtalet föreskrivs för övrigt en möjlighet för en

part att till denne sända en kopia av en till en annan part ställd begäran om upplysningar enligt denna bestämmelse. Direktören hade av parterna därmed fått en roll som medlare.

- 78 Vad vidare gäller det påstått felaktiga i detta yttrande med hänsyn till att avtalet inte avser importer eller exporter, räcker det att nämna att sökandena mot bakgrund av avsiktsförklaringarna beträffande Battin och de utländska bryggerierna inte med framgång kan påstå att avtalet inte rörde importer och exporter. Domen i det ovannämnda målet Bilger, som åberopats till stöd för detta argument, saknar betydelse, särskilt eftersom den avsåg ett vertikalt avtal. Avtalet var av horisontellt slag.
- 79 Härav följer att sökandena inte förmått vederlägga någon av de faktiska omständigheter som kommissionen i beslutet beaktat för att finna att syftet med avtalet var att behålla kundkretsen.
- 80 Härefter skall förstainstansrätten pröva de andra argument som sökandena åberopat till stöd för denna del av den första grunden.
- 81 Vad gäller de tre skäl på vilka avtalet påstås vila och vilka anges ovan i punkterna 47–51 kan konstateras att de, om det fastställs att de föreligger, inte kan motivera en samverkan som har ett konkurrensbegränsande syfte. Det kan nämligen inte godtas att företag försöker lindra verkningarna av rättsregler som de anser vara överdrivet ogynnsamma genom att delta i en konkurrensbegränsande samverkan som har till syfte att reglera dessa missförhållanden under åberopande av att dessa regler skapar en obalans till deras nackdel (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-289, punkt 256, i fråga om tillämpningen av artikel 81.3 EG, och

domstolens dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkt 487, angående en kris på marknaden). Det kan tilläggas att inte bara sökanden utan samtliga ekonomiska aktörer var tvungna att hantera de svårigheter som avtalet påstods avse att lindra.

- 82 Dessutom påpekar förstainstansrätten, i likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen, att det framgår av handlingarna i målet att avtalet, som kommer att framgå i samband med behandlingen av den andra delen av denna grund, skulle ha kunnat tillämpas även om det hade saknats ölklausul och att dess syfte inte bara var att lösa de tre av sökandena angivna problem som avses ovan i punkterna 47–51.
- 83 I den mån sökandenas argument såsom de preciserats under förhandlingen skall förstås så, att syftet med avtalet var att mot bakgrund av de tre ovannämnda problemen återställa ett rättsläge som var förenligt med förordning nr 1984/83, erinrar förstainstansrätten om att det i artikel 4 i avtalet föreskrivna förbudet väl överskrider vad som är tillåtet enligt artikel 7.1 i denna förordning. Dessutom är enligt denna förordning endast vissa konkurrensbegränsningar tillåtna i det vertikala förhållandet mellan säljare och leverantör (se bland annat artiklarna 1 och 6), medan avtalet som är föremål för prövning i detta mål utgör ett horisontellt avtal. Sökandena har under alla omständigheter inte ens försökt att visa att det för att lösa de problem som påstods finnas i vertikalt hänseende var nödvändigt att sluta ett horisontellt avtal.
- 84 Sökandena har vidare angett att det enda syftet med avtalet var att åstadkomma respekt för den ensamrätt som utskänkingsställena och bryggerierna träffat avtal om. För övrigt var avtalet befogat för att bibehålla handelslojaliteten.

85 Härvidlag räcker det att påpeka att, även om man antar att dessa omständigheter finns föreligga, den slutsats enligt vilken syftet med avtalet var att begränsa konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte vederläggs av den påstådda omständigheten att den också hade ett legitimt syfte (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet IAZ m.fl. mot kommissionen, punkt 25). Parterna kan inte med framgång åberopa domen i det ovannämnda målet Delimitis, eftersom denna meddelats i ett mål som avsåg vertikala förhållanden. I förevarande fall rör målet ett horisontellt avtal. Dessutom kan Brasserie nationales åberopande av domarna i de ovannämnda målen Cassis de Dijon och Wouters m.fl. inte vinna framgång. Eftersom det har fastställts att syftet med ett avtal till sin natur utgör en konkurrensbegränsning, såsom en uppdelning av kundkretsen, kan detta avtal med tillämpning av en rule of reason inte undgå bestämmelserna i artikel 81.1 EG på grund av att det också hade andra syften, såsom de som är i fråga i dessa domar.

86 Vad beträffar det argument som rör domen i det ovannämnda målet Institut des mandataires agréés mot kommissionen, skall för det första påpekas att artikel 5 c i uppförandekodexen endast innehöll ett förbud mot att aktivt erbjuda tjänster i ärenden som är under behandling av ett annat ombud (punkt 89). Ett sådant förbud kan inte jämföras med de förbud som föreskrivs i avtalet. Förbudet i ovannämnda mål avsåg nämligen endast initiativet att aktivt söka upp kunder. Avtalet i detta mål förbjöd däremot parterna bland annat att besvara en begäran om att träffa avtal. För det andra byggde detta förbud särskilt på etiska överväganden i motsats till avtalet, som syftade till en uppdelning av kundkretsen. Detta argument bör alltså underkännas.

87 Slutligen har sökandena ifrågasatt att avtalets fördelar är reserverade för nationella bryggerier (skäl 62 i beslutet). I detta hänseende skall påpekas att detta ifrågasättande inte är tillräckligt underbyggt. Även om sökandena har påstått att avtalet var öppet för samtliga bryggerier i Luxemburg kan det konstateras att det inte undertecknats av något utländskt bryggeri. Argumentet att två luxemburgska bryggerier inte har utmanövrerats genom avtalet sedan de övertagits av ett utländskt bryggeri visar inte att utländska bryggerier som sådana kunde tillträda avtalet. Tvärtom visar vad som föreskrivs i artikel 11, som handlar om utmanövrering av en

avtalspart i händelse av övertag av ett utländskt bryggeri eller i händelse av samarbete med ett utländskt bryggeri, att syftet var att förbehålla utländska bryggerier avtalet. Den omständigheten att denna artikel aldrig genomfördes ändrar inte detta konstaterande.

- 88 Av dessa överväganden följer att sökandena inte kan vinna framgång med något av de argument som åberopats till stöd för den första grundens tredje del. Talan skall därför inte vinna bifall i detta avseende.

— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att hindra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg (den första grundens fjärde del)

- 89 Förstainstansrätten konstaterar att parterna genom avsiktsförklaringen rörande utländska bryggerier velat förbehålla varandra rätten att prioritera kundbearbetning och slutande av ett leveransavtal med ett utskänkningsställe som är bundet till en av dem och som planerar att sluta ett leveransavtal med ett utländskt bryggeri. Enligt avsiktsförklaringen rörande Battin föreskrevs en möjlighet att säga upp avtalet gentemot Battin i händelse av att villkoren för bolagets distribution av vissa utländska ölsorter skulle förändras. I artikel 11 angavs slutligen en möjlighet att säga upp detta i händelse av övertag av ett utländskt bryggeri eller i händelse av samarbete med ett utländskt bryggeri.

- 90 Dessutom kan konstateras att det genom avsiktsförklaringen rörande utländska bryggerier införda systemet, som kommissionen med rätta uppgett, endast avsåg det utländska bryggeri som önskade leverera till ett luxemburgskt utskänkningsställe.

Däremot skyddade inte systemet det utländska bryggeri som kunde konstatera att det luxemburgska utskänkingsställe det hade som kund planerade att sluta ett leveransavtal med ett luxemburgskt bryggeri.

- 91 Under dessa omständigheter finner förstainstansrätten att kommissionen inte gjorde någon rättslig felbedömning när den ansåg att syftet med avtalet var att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg.
- 92 Inget av de av sökandena åberopade argumenten föranleder förstainstansrätten att göra någon annan bedömning.
- 93 Vad för det första gäller argumentet att avtalet endast hade till syfte att motarbeta att ölklausuler åsidosattes på grund av utländska bryggerier, kan först påpekas att det inte vinner stöd av de faktiska omständigheterna med hänsyn till att avtalet, vilket kommer att anges i samband med behandlingen av den andra delen av denna grund, också var tillämpligt när det inte fanns någon ölklausul.
- 94 I likhet med vad som angetts i samband med att den tredje delen av denna grund underkändes, skall dessutom påpekas att även om den av sökandena åberopade omständigheten är riktig, gör inte detta det begränsande syftet med avtalet befogat, vilket just har konstaterats.
- 95 Slutligen kan nämnas att sökandena själva medgett att avtalet hade ett konkurrensbegränsande syfte, då de nämligen uppgett att avtalet syftade till att ha kvar möjligheten för ett luxemburgskt bryggeri att anta ett anbud från ett utskänkingsställe som överväger att sluta avtal med ett utländskt bryggeri. Genom att bibehålla denna möjlighet medförde det per definition en ändring av konkurrensvillkoren till förfång för det berörda utländska bryggeriet.

- 96 Sökandena har för det andra gjort gällande att avtalet var befogat med hänsyn till Luxemburgs speciella situation och den onormala situation som följer av bristen på lojalitet från utskänkingsställenas sida. De har vidare gjort gällande att artikel 11 i avtalet aldrig har tillämpats. Brasserie nationale har tillagt att avtalet inte har hindrat utländska bryggerier från att sluta avtal.
- 97 Avseende samtliga dessa argument skall på nytt påpekas att även om man godtar dem, kan de inte motivera avtalets begränsande syfte såsom detta syfte framgår av de av kommissionen åberopade och av sökandena inte bestridda faktiska omständigheterna. Det kan särskilt nämnas att påståendet att avtalet inte har hindrat utländska bryggerier från att sluta avtal är utan betydelse med hänsyn till att syftet med avtalet var att begränsa konkurrensen. Det saknas därför anledning att pröva huruvida det också medför att den begränsats (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkt 231).
- 98 Sökandena har för det tredje åter framfört argumentet att direktörens för FBL auktoritet kan ifrågasättas. Brasserie nationale har tillagt att den i skäl 68 i beslutet återgivna förklaringen får stå för direktören själv och är inte representativ för Brasserie nationales åsikt.
- 99 I detta hänseende kan, beträffande den omständigheten att direktörens för FBL auktoritet satts i fråga, påpekas att detta inte kan godtas av de skäl som angetts i samband med att föregående del av denna grund underkändes. Som angetts i samma skäl 68 i beslutet gjordes för övrigt detta uttalande i samband med ett förliknings-sammanträde i fråga om tillämpningen av avtalet. Det finns därför anledning att beakta detta vid den rättsliga bedömningen av uttalandet. Genom att göra detta har kommissionen ingalunda ansett att uttalandet var representativt för Brasserie nationales åsikt.



- 100 Brasserie nationale har för det fjärde uppgett att det första stycket i avsiktsförklaringen rörande Battin just uppmuntrade inbrytningar av utländska ölsorter i Luxemburg. Ordet balans som används i det andra stycket innebär enligt bolaget endast ett önskemål om att bevara möjligheten till ett nationellt utbud när ett utskänkingsställe öppnas för konkurrens.
- 101 I detta hänseende räcker det att påpeka att även om denna avsiktsförklaring faktiskt gjorde det möjligt för Battin att leverera vissa utländska ölsorter, medförde det icke desto mindre en betydande begränsning av Battins handlingsfrihet och följaktligen en konkurrensbegränsning.
- 102 Brasserie nationale har slutligen uppgett att beslutet har motsägelsefulla skäl såvitt parterna däri påstås ha vägrat utländska bryggerier fördelar som de nationella bryggerierna sinsemellan för övrigt anser oacceptabla.
- 103 I detta hänseende finner förstainstansrätten att, även om öppningen av garantin genom ölklausuler till utländska bryggerier kanske var ägnad att förstärka denna garantis begränsande egenskaper, gjorde artikel 11 i avtalet och avsiktsförklaringen rörande Battin det möjligt att utesluta utländska bryggerier från denna garantis fördelar, även om dessa var olagliga, i fråga om skydd för kundkretsen och därmed också att hindra dem från att göra inbrytningar i hotell- och restaurantsektorn i Luxemburg.
- 104 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den första grundens fjärde del.

— Avtalets sammanhang har inte tillräckligt beaktats vid bedömningen av dess syfte (den första grundens första del)

105 Förstainstansrätten erinrar om att det i skäl 47 i beslutet, som har rubriken "Syfte att begränsa konkurrensen", anges att syftet med avtalet i första hand var att avtalsparterna skulle kunna bibehålla sina respektive kunder inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg och i andra hand att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i denna sektor. I samma skäl hänvisas beträffande det första syftet till skälen 48–66 och beträffande det andra syftet till skälen 67–73 i beslutet.

106 Av beslutets systematik följer alltså, i motsats till vad som underförstått anförts i sökandenas argument, att identifieringen av syftet med avtalet inte begränsas till skälen 59–62, utan framgår av skälen 47–73.

107 En ren läsning av sistnämnda skäl visar emellertid att sökandena inte med någon giltig verkan kan hävda att avtalets sammanhang inte kunde bidra till bedömningen av syftet med avtalet. Förstainstansrätten hänvisar i detta avseende till den sammanfattning av skälen 48–73 i beslutet som återfinns i punkterna 30–40 ovan i denna dom.

108 Rätten erinrar för övrigt om att de delar av sammanhanget som kommissionen enligt sökanden inte tog tillräcklig hänsyn till vid sin bedömning av syftet med avtalet, var den aktuella sektorns livskraft i fråga om marknadsandelar, den unika öppningen för importörer i denna sektor samt en betydande mängd utskänkningsställen som inte är bundna till parterna. Dessa delar av sammanhanget berörs emellertid inte av frågan vad som var syftet med avtalet, utan vilka verkningar avtalet hade. Enligt rättspraxis behöver kommissionen emellertid inte pröva vilka verkningar ett avtal kan få som har ett konkurrensbegränsande syfte (se, för ett liknande resonemang, domen i det

ovannämnda målet Volkswagen mot kommissionen, punkt 231). Detta har för övrigt inte ifrågasatts av sökandena, vilka har medgett att det är överflödigt att bevisa verkningarna av avtal som har ett konkurrensbegränsande syfte.

- 109 Det skall tilläggas att sökandena inte har någon grund för sina påståenden att kommissionen inte i tillräcklig grad beaktade delar av sammanhanget. I punkterna 23–25 i den av sökandena åberopade domen i det ovannämnda målet IAZ m.fl. mot kommissionen anges nämligen att "såväl innehållet i avtalet [som är föremål för prövning i denna dom] som dess bakgrund och omständigheterna för dess genomförande" hade beaktats. Det är emellertid just sådana delar som kommissionen beaktade när den konstaterade att avtalet var konkurrensbegränsande genom sitt syfte. Förstainstansrätten hänvisar härvid ånyo till sammanfattningen ovan av skälen 48–73 i beslutet.

- 110 Av detta följer att talan inte kan bifallas på den första grundens första del.

*Den första grundens andra del enligt vilken kommissionen felaktigt konstaterade att avtalet var tillämpligt i avsaknad av en ölklausul*

Det omtvistade beslutet

- 111 Det anses i beslutet att protokollet från FBL:s sammanträde den 7 oktober 1986, i dess lydelse enligt protokollet från sammanträdet den 2 december 1986, utvisar att parterna var eniga om en vidare tolkning av begreppet ölklausul än den som avses i

artikel 2 i avtalet. Enligt beslutet bekräftas denna tolkning av ett brev av den 23 oktober 1991 från Wiltz till FBL (skäl 9).

### Parternas argument

- 112 Sökandena har hävdad att kommissionen felaktigt drog slutsatsen att avtalet även omfattar de fall där det inte förekommer någon ölklausul som slutits i vederbörlig ordning och som fortfarande gäller.
- 113 Ett avtal kan visserligen slutas genom en annan handling än en formell text, men enligt sökandena skall det i dessa fall ändå kontrolleras om det rör sig om ett uttryck för parternas gemensamma vilja (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkterna 110–114, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, och av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkt 86, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345). Någon sådan vilja finns emellertid inte här. Sökandena har nämligen för det första påpekat att det i det protokoll från FBL:s sammanträde av den 7 oktober 1986 som avses i skäl 9 i beslutet anges att ”de tre handlingar som hölls öppna ... godkänns och undertecknas vid nästa sammanträde”, något som hävdas i protokollet från FBL:s sammanträde den 2 december 1986 — vilket också avses i skäl 9 i beslutet — genom stadgandet att ”[parterna] skall underteckna [nämnda handlingar]”. Enligt sökandena utgör således ett sådant undertecknande ett formkrav utan vilket det inte går att fastställa någon gemensam vilja hos parterna. Sökandena har emellertid påpekat att det inte i något av de två ovannämnda protokollen nämns något om ett sådant undertecknande, såvitt avser tolkningen av avtalet sådan den framgår av de båda protokollen, och detta trots att denna tolkning inte kunde göras utan de tre ovannämnda handlingarna. Sökandena har dessutom påpekat att det av det ovannämnda protokollet från FBL:s sammanträde den 2 december 1986 framgår att den text som avses i punkt 2 i protokollet från FBL:s föregående sammanträde varit föremål

för preciseringar. Sistnämnda text antogs alltså varken efter det första eller det andra sammanträdet. Sökandena har slutligen påpekat att ordalydelsen i den skrivelse av den 23 oktober 1991 från Wiltz till FBL som avses i skäl 9 i beslutet har rubriken "Förslag". Sökandena har tillagt att man därunder finner de två förklarande strecksatser som förekommer i ovannämnda protokoll, här med förkortade och förbättrade avfattningar. Enligt sökandena skulle emellertid Wiltz inte ha haft något som helst intresse av att föreslå detta om protokollen redan hade givit uttryck för den ifrågasatta utvidgningen.

- 114 Sökandena har i fråga om det påstådda godkännandet av den av Wiltz ifrågasatta utvidgningen svarat att denna har utformats i konditionalis i den berörda förklaringen. När det gäller Brasserie nationales godkännande av denna omfattning har detta bolag sagt sig i den berörda förklaringen endast ha angivit upphovet till förslaget om en sådan utvidgning, och att formuleringen "det går med på [att] underteckna" och "detta medförde inte att det hade några betänkligheter mot att underteckna" inte innebar att man gick med på att underteckna något i framtiden.
- 115 Brasserie nationale har också med hänvisning till den skriftväxling som återfinns bland handlingarna i akten hävdad att det aldrig har uppstått några tvister mellan parterna på grund av att undertecknat avtal saknats.
- 116 Brasserie nationale har slutligen hävdad att kommissionen själv ansett att avtalet inte var tillämpligt när det inte innehöll någon ölklausul, varför den i skäl 92 i beslutet slog fast att "[ö]verträdelsen begränsar sig ... till ... de utskänkingsställen som är bundna till parterna genom exklusiva inköpsavtal".
- 117 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna del av den första grunden.

## Förstainstansrättens bedömning

- 118 För att ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG skall anses föreligga är det enligt fast rättspraxis tillräckligt att de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på ett visst sätt på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, i det ovannämnda målet Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 86, förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 256, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, och av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen, REG 2000, s. II-3383, punkt 67). Vad gäller formen för att uttrycka denna gemensamma vilja räcker det att en bestämmelse ger uttryck för parternas vilja att agera på marknaden i enlighet med dess ordalydelse (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 86, och Bayer mot kommissionen, punkt 68).
- 119 Härav följer att begreppet avtal, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, sådant det har tolkats i rättspraxis, bygger på att det föreligger en gemensam vilja hos minst två parter, där formen för uttrycket inte har någon betydelse så länge den troget återger parternas vilja (domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 69).
- 120 Förstainstansrätten konstaterar i förevarande fall för det första att det ovannämnda protokollet från FBL:s sammanträde av den 7 oktober 1986 innehåller följande:

” 2) Ölklausul

De tre handlingar som hållits öppna ... godkänns och undertecknas vid nästa sammanträde.

Parterna är överens om att utvidga ölklausulen till

- verksamhet som består i att arrendera och ekonomiskt delta i uppbyggnaden av ett kafé utan att någon ölklausul uttryckligen anges,
  
- upplåtelse av en utskänkningsrätt från ett bryggeri utan att en ölklausul uttryckligen nämns.

Dessa båda tolkningar utgör en del av de befintliga bestämmelserna inom detta område.”

<sup>121</sup> Det ovannämnda protokollet från FBL:s sammanträde den 2 december 1986 innehåller följande text (avsnitten återges såsom de förekommer i originalet):

”1) Protokollet från sammanträdet den 7 oktober 1986 innehåller följande ändringar:

... Punkt 2) — första strecksatsen

- ”verksamhet som består i att arrendera och ekonomiskt delta i uppbyggnaden av ett kafé utan att någon ölklausul uttryckligen anges, till exempel där bryggeri X arrenderar en fastighet och deltar ekonomiskt i utnyttjandet av fastigheten, men utan att komma överens om några förpliktelser med ägaren.

## Andra strecksatsen

lyder som följer:

- upplåtelse av en utskänkningsrätt från ett bryggeri utan att en ölklausul uttryckligen nämns.

2) Bryggarna skall underteckna [de tre handlingar som avses i punkt 2 i protokollet från sammanträdet den 7 oktober 1986]

Samtliga bryggare har erhållit en kopia av dessa undertecknade handlingar av vilka originalen skall behållas av [FBL]. Dessa handlingar är hemliga.”

- <sup>122</sup> Den ovannämnda skrivelse som skickades den 23 oktober 1991 från Wiltz till FBL har följande lydelse:

”Förslag:

Bryggarna godtar att i enlighet med artikel 2 i avtalet utvidga ölklausulen till

- verksamhet som består i att arrendera;



— en utskänkningsrätt av något slag som ett bryggeri ställer till förfogande.”

123 Förstainstansrätten skall därmed pröva huruvida kommissionen med hänsyn till de omständigheter som sökandena anfört har styrkt att det förelegat samstämmiga viljor mellan parterna i fråga om avtalets tillämpning, trots att det inte vederbörligen avtalats om någon gällande ölklausul.

124 Rätten konstaterar emellertid att det i protokollet från FBL:s sammanträde den 7 oktober 1986 uttryckligen anges att ”man [kom] överens om” den utvidgning av avtalets tillämpningsområde som nämns däri och att detta ”[utgjorde] en del av de befintliga bestämmelserna inom detta område”. Varken i detta protokoll eller i protokollet från FBL:s sammanträde den 2 december 1986 föreskrivs något om att detta avtal skall formaliseras. Den omständigheten att det i det första protokollet även föreskrivs vissa handlingar som där avses ”skall godkännas och undertecknas” saknar därför betydelse. Inte heller kan den omständigheten att det andra protokollet innehåller ändringar (vilka för övrigt är relativt små) i förhållande till texten i det första protokollet leda till att det avtal som parterna slutit med just den ändrade texten som avtalsinnehåll blir ogiltigt.

125 I likhet med vad som framgår av skäl 29 i beslutet medgav dessutom både Brasserie nationale och Wiltz att avtalet även var tillämpligt i vissa förhållanden mellan bryggerier och utskänkningsställen där det helt saknades leveransavtal eller ölklausul.

- 126 I sitt svar på de frågor som kommissionen ställde efter förhandlingen förklarade nämligen Brasserie nationale i fråga om de fall av arrende och ekonomiskt deltagande från bryggeriets sida, men utan avtal innehållande en ölklausul, följande

"I detta fall sägs i texterna från år 1986 [det vill säga de två ovannämnda protokollen] att det också skall anses finnas en ölklausul i den mening som avses i avtalet. Denna klausul kan visserligen i förstone synas överraskande eftersom inga bryggerier gör några investeringar utan att ha ett avtal ... Men denna äventyrliga klausul har å andra sidan aldrig ... tillämpats. Vad som egentligen avsågs var den absurda hypotes som ... föreställde sig. Denna arbetshypotes var uppenbarligen absurd men [Brasserie nationale], som inte alls hade de intentioner som det påstods ha, gick med på [att] underteckna handlingen. Detta medförde inte att [Brasserie nationale] hade några betänkligheter mot att underteckna, eftersom det inte hade för avsikt att handla enligt den hypotes som avses i den ifrågavarande klausulen ..."

- 127 Wiltz har för sin del i sitt svar på meddelandet om anmärkningar angett följande:

"[Avtalet] skulle dessutom kunna betraktas på detta sätt på grundval av tolkningen av begreppet ölklausul som parterna enats om vid [FBL:s sammanträden] den 7 oktober och den 2 december 1986, men där var det enda lagenliga ändamålet att säkerställa den information som var avsedd för att förebygga rättsosäkerheten vid stora investeringar."

- 128 Sökandenas argument att Wiltz använde konditionalis i sitt i föregående punkt nämnda uttalande kan inte vinna framgång. I samma uttalande nämnde Wiltz nämligen uttryckligen "tolkning av begreppet ölklausul som parterna enats om".

- 129 Brasserie nationale har vidare hävdad att det i sitt i punkt 126 ovan nämnda uttalande endast angav ursprunget till förslaget att utvidga avtalets tillämpningsområde till de fall där en ölklausul saknas, och att formuleringen "det gick med på [att] underteckna" och "detta medförde inte att det hade några betänkligheter mot att underteckna" endast markerade dess beredvillighet att i framtiden underteckna detta förslag.
- 130 Inte heller dessa argument kan vinna framgång. Ovannämnda uttalande kan under de omständigheter som nämnts ovan inte kullkasta Brasserie nationales samtycke till att utvidga avtalets tillämpningsområde vid utgången av sammanträdena den 7 oktober respektive den 2 december 1986. Förstainstansrätten erinrar i detta avseende om att frågan vem som var upphov till förslaget att utvidga avtalets tillämpningsområde saknar betydelse eftersom det kan visas att det förelåg samstämmiga viljor (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller mot kommissionen, REG 1978, s. 131, punkt 7, och förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkt 37).
- 131 Även om Brasserie nationale inte ansågs ha godtagit utvidgningen av avtalets tillämpningsområde skulle det under alla förhållanden ha haft att visa att det tog avstånd från den nya tolkningen av ölklausulerna (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 1353 och där angiven rättspraxis) Det står emellertid klart att så inte var fallet här.
- 132 Om nämnda utvidgning av avtalets tillämpningsområde för övrigt inte hade avtalats mellan parterna, skulle Brasserie nationale inte gentemot kommissionen endast ha åberopat det faktum att denna utvidgning inte hade tillämpats.

- 133 När det gäller argumentet beträffande den ovannämnda skrivelsen från Wiltz finner förstainstansrätten att Wiltz mycket väl kan ha lämnat nämnda förslag i denna skrivelse, inte på grund av det skäl som sökandena anfört, utan i syfte att ändra den text som följde just av de två ovannämnda protokollen. Det skall för övrigt konstateras att detta förslag från Wiltz, i motsats till vad sökandena har hävdad, inte bara innehåller redaktionella förbättringar. Enligt förslaget skall sålunda "verksamhet som består i att arrendera" jämföras med en ölklausul, medan det i protokollet från FBL:s sammanträde den 2 december 1986 föreskrivs att med en sådan klausul jämföras "verksamhet som består i att arrendera och ekonomiskt delta i uppbyggnaden av ett kafé". Denna ändring kan emellertid inte anses vara endast redaktionell.
- 134 Vad slutligen angår påståendet att kommissionen skulle ha godkänt att avtalet inte var tillämpligt i de fall där det inte föreligger någon ölklausul, påpekar förstainstansrätten följande. Även om den formulering som använts i skäl 92 i beslutet och enligt vilken "[ö]verträdelsen begränsar sig ... till de utskänkingsställen som är knutna till parterna genom en klausul om exklusiva inköp" må vara mindre lyckad, följer det av en ren läsning av skäl 9 jämfört med skälen 48-63, däribland särskilt den hänvisning som i skäl 50 görs till skäl 9, att kommissionen ansåg att avtalet var tillämpligt även när det inte förelåg någon ölklausul. Rätten erinrar för övrigt om att sökandena genom den förevarande delen av den första grunden har bestritt denna uppfattning. Det kan alltså inte med någon giltig verkan hävdas att kommissionen hade någon annan uppfattning.
- 135 Sökandena kan mot bakgrund av vad som anförts ovan inte anses ha förebringat tillräcklig bevisning för att ifrågasätta kommissionens konstaterande att samstämmiga viljor förelåg mellan parterna i fråga om tillämpningen av avtalet, även när det inte fanns någon gällande ölklausul som hade slutits i vederbörlig ordning.
- 136 Talan kan därför inte bifallas på den första grundens andra del.

*Den första grundens femte del: Frånvaron av kännbara verkningar från avtalet på konkurrensen*

Det omtvistade beslutet

- 137 Enligt beslutet kunde avtalet få kännbara verkningar på konkurrensen inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg. Det erinras i detta avseende för det första om att parterna begränsade avtalets räckvidd till hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg, vilket visar att de ansåg att deras position inom denna sektor var tillräckligt betydelsefull och att konkurrensvillkoren där skiljde sig tillräckligt från konkurrensvillkoren inom andra sektorer och i angränsande länder för att säkerställa att avtalet kunde genomföras. För det andra konstateras det att parterna med beaktande av deras egen produktion och distribution av importerad öl kontrollerade cirka 85 procent av ölförsäljningen inom den berörda sektorn samt att mer än hälften av utskänkingsställena i Luxemburg var knutna till dem genom en ölklausul (skälen 74–76).

Parternas argument

- 138 Sökandena har hävdat att kommissionens slutsats rörande förekomsten av en kännbar inverkan på konkurrensen är felaktig och bristfälligt motiverad. Enligt sökandena har kommissionen nämligen inte definierat referensmarknaden. Sökandena har vidare hävdat att begränsningen av avtalets räckvidd till att endast avse hotell- och restaurangsektorn inte bevisar någonting, utan endast svarar mot omfattningen av det problem som parterna identifierat och i fråga om vilket de kunde samarbeta. Även om proportionen 85 procent avseende den ölvolymer som parterna distribuerat kan synas hög motiverade dessutom proportionen 40–45 procent av den för övriga bryggerier öppna utskänkningen inte någon bedömning av kännbarheten. För övrigt borde underlåtenheten att genomföra begränsningen för utländska bryggerier leda till slutsatsen att begränsningen inte var kännbar.

- 139 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på förevarande del av den första grunden.

### Förstainstansrättens bedömning

— Den påstått felaktiga tillämpningen

- 140 Det räcker i detta avseende att erinra om att företag som ingår ett avtal i syfte att begränsa konkurrensen i princip inte kan undgå tillämpningen av artikel 81.1 EG genom att göra gällande att deras avtal inte har haft en märkbar inverkan på konkurrensen (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen; REG 2004, s. II-2223, punkterna 130 och 196).
- 141 Eftersom syftet med avtalet dels var att bevara parternas respektive kundkretsar inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg, dels att förhindra inbrytningar i denna sektor av de utländska bryggerierna, skulle avtalet bara ha någon egentlig betydelse om ändamålet med detsamma var att märkbart begränsa konkurrensen inom denna sektor, det vill säga på ett sätt som i affärsmässigt hänseende var till nytta för parterna (se analogt domen i det ovannämnda målet Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, punkt 131).

## — Påståendet om bristande motivering

- 142 Enligt fast rättspraxis skall den motivering som krävs enligt artikel 253 EG vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63).
- 143 Med hänsyn till den information som återgivits i skälen 74–76 i beslutet skall Brasserie nationale anses ha haft full möjlighet att åberopa argumenten att kommissionens slutsats inte var rättsenlig när det gäller frågan huruvida konkurrensbegränsningen har kännbara verkningar.
- 144 När det så gäller anmärkningen att den ifrågavarande marknaden inte har avgränsats räcker det att erinra om att kommissionens skyldighet att avgränsa marknaden i ett beslut enligt artikel 81 EG endast gäller när det utan en sådan avgränsning inte är möjligt att avgöra huruvida avtalet, beslutet av en företagssammanslutning eller det samordnade förfarandet i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstater och huruvida det har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden (förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 206). Någon sådan situation föreligger emellertid inte i förevarande fall, vilket framgår av bland annat underkännandet av tredje och fjärde delarna av förevarande grund.
- 145 Härav följer att talan inte kan bifallas på den första grundens femte del.

- 146 Eftersom talan inte kan bifallas på någon av den första grundens fem delar kan talan inte bifallas på den första grunden. Förstainstansrätten kommer därför att pröva den andra grunden.

*2. Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG*

- 147 Den andra grunden är uppdelad i tre delar, vilka för det första avser att överträdelsen inte har begåtts uppsåtligen, för det andra att det har gjorts en felaktig bedömning när det gäller hur länge överträdelsen pågått och hur allvarlig den varit samt för det tredje den omständigheten att man inte tillämpat riktlinjerna för beräkningen av de böter som påförts med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 KS (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) när det gäller förmildrande omständigheter. Den grund som åberopats i mål T-49/02 innehåller även en fjärde del som avser bristande motivering i fråga om det initiala belopp som kommissionen använt som underlag vid beräkningen av böterna.

*Den andra grundens första del: Överträdelsen har inte begåtts uppsåtligen*

Det omtvistade beslutet

- 148 Det anges i beslutet att en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler anses vara uppsåtlig om de berörda parterna är medvetna om att den aktuella handlingen hade som konsekvens att begränsa konkurrensen. Det spelar ingen större roll om de dessutom var medvetna om att de brutit mot en bestämmelse i EG-fördraget. När det gäller de bestämmelser som gäller utländska bryggerier anser kommissionen att parterna inte kunde vara omedvetna om deras begränsande syfte. Parterna har inte



heller lagt fram några motiv för dessa bestämmelser. I frågan om de konkurrensbegränsningar mellan de avtalsslutande bryggerierna som följde av den ömsesidiga respekten för ölklausuler är det möjligt att parterna då de slöt avtalet och fram till mars 1996 kunde ha varit motiverade av den rättsosäkerhet som skapades av Luxemburgs rättspraxis beträffande fastställande av priser eller volymer. Detta motiv försvann dock i mars 1996 då rättspraxis ändrades. Kommissionen konstaterar följaktligen att parterna har begått en uppsåtlig överträdelse, även om Luxemburgs dåvarande rättspraxis kunde skapa tvivel kring den olagliga karaktären hos vissa klausuler under en viss period (skälen 89 och 90).

#### Parternas argument

149 Sökandena har hävdats att kommissionen felaktigt funnit att de uppsåtligen gjort sig skyldiga till överträdelsen.

150 När det för det första gäller begränsningen rörande bibehållandet av kunder har sökandena gjort gällande att kommissionen själv tillstått att den luxemburgska rättspraxisen skulle kunna skapa tvivel i fråga om huruvida denna begränsning utgjorde en överträdelse. Sökandena har upprepat påståendet att denna motivering borde ha godtagits inte bara till och med år 1996 utan till och med mitten av år 1998, samt tillagt att om man följer kommissionens resonemang i beslutet kan det inte ha skett någon uppsåtlig överträdelse annat än för de två sista åren av avtalets löptid. För det andra har kommissionen inte definitivt slagit fast i beslutet att det enda syftet med avtalet var att säkerställa iakttagandet av ölklausuler. Detta syfte är emellertid lagenligt (domen i det ovannämnda målet *Delimitis*).

- 151 Sökandena har för övrigt hävdad att de inte är av sådan storlek att deras lagöverträdelse inte kan godtas. De har erinrat om att även om Brasserie de Luxembourg enligt skäl 96 i beslutet klassificeras som ett stort företag, kan denna beteckning inte användas på någon av de andra parterna. Sökandena har för övrigt aldrig varit medvetna om begränsningen av handeln mellan medlemsstaterna. Brasserie nationale har tillagt att kommissionen i fråga om den sista punkten inte har bevisat motsatsen.
- 152 Sökandena har också hävdad att inte någon av parterna har sökt hindra de utländska bryggerierna. Brasserie nationale har tillagt att inte någon av parterna funnit att syftet att bevara möjligheten till nationell konkurrens kan anses vara konkurrensbegränsande. Diekirchs invändning rörande avtalets lagenlighet utgör endast en klassisk formulering i den skriftväxling som sker i kontakthänseende i en tvist.
- 153 När det gäller beslutsmotiveringen avseende huruvida sökandena har handlat med uppsåt, har Brasserie nationale hävdad att det argument enligt vilket parterna, när det gäller de bestämmelser som avser att utländska bryggerier "inte kunde ha varit omedvetna om deras begränsande syfte", omfattas av principförklaringen och inte utgör något bevis, samt argumentet att "[p]arterna ... inte lagt fram några motiv" är felaktiga. Dessa två invändningar ger enligt Brasserie nationale inte utrymme för att medge att motiveringen av beslutet uppfyller erforderliga krav på klarhet och precision. Wiltz och Battin har hävdad att motiveringen i skäl 89 i beslutet inte utgör något bevis. Artikel 253 EG har alltså åsidosatts.
- 154 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna del av den andra grunden.

## Förstainstansrättens bedömning

— Den påstått felaktiga bedömningen

- 155 Enligt fast rättspraxis är det, för att en överträdelse av konkurrensbestämmelserna i EG-fördraget skall kunna anses ha skett uppsåtligen, inte nödvändigt att företaget medvetet har begränsat konkurrensen. Det är tillräckligt att företaget inte hade kunnat undgå att inse att dess beteende syftade till att begränsa konkurrensen. Det saknar härvid betydelse huruvida företaget hade uppsåt eller ej att åsidosätta artikel 81 EG (domen i det ovannämnda målet Miller mot kommissionen, punkt 18, och förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-143/89, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1995, s. II-917, punkt 41 och där angiven rättspraxis).
- 156 Som framgår av underkännandet av den tredje och den fjärde delen av den första grunden kunde kommissionen lagenligt slå fast att syftet med avtalet var att bevara parternas respektive kunder inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg och att hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i denna sektor. Avtalet avser sålunda dels en uppdelning av marknaden, dels en avskärmning av den gemensamma marknaden. Kommissionen skall under dessa förhållanden, utan att därigenom begå några fel, anses ha kunnat komma fram till att sökandena inte kunde ha varit ovetande om att syftet med avtalet var att begränsa konkurrensen.
- 157 Sökandenas argument att de inte är av sådan storlek att deras åsidosättande av rätten är otillåtet, att de aldrig var medvetna om att avtalet begränsade handeln över landsgränserna, att inte någon av parterna skulle ha försökt hindra utländska bryggerier och att inte någon av parterna ansett att syftet att bibehålla möjligheten till nationell konkurrens kan anses vara konkurrensbegränsande måste, mot ovannämnda bakgrund, anses sakna betydelse i förevarande fall.

158 Sökandena har dessutom gjort gällande att kommissionen i beslutet själv medgav att den luxemburgska rättspraxis som gällde vid den aktuella tidpunkten kunde skapa tvivel kring den olagliga karaktären hos begränsningen avseende bibehållandet av kunder. Det räcker i detta avseende att i likhet med kommissionen påpeka att ett sådant tvivel, för det fall det kan antas att det finns grund för det, saknar betydelse i fråga om uppsåt bakom konkurrensbegränsningen. Detta just på grund av att tvivlet inte hänför sig till syftet med avtalet, vilket var att begränsa konkurrensen, utan mera till dess olagliga karaktär. Som framgår av den rättspraxis som angivits i punkt 155 ovan avser begreppet uppsåt enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 dock bara det begränsande syftet med det berörda avtalet och inte dess karaktär av åsidosättande med hänsyn till artikel 81.1 EG.

159 När det slutligen gäller argumentet att Brasserie de Luxembourg i skäl 96 i beslutet klassificeras som ett stort företag, vilket innebär att övriga parter därigenom motsatsvis inte utgör sådana, påpekar förstainstansrätten i likhet med kommissionen att storleken på Brasserie de Luxembourg endast åberopats för att motivera användandet av den multiplikationskoefficient som tillämpats på sistnämnda företag i avskräckande syfte. Denna bedömning angående storleken på företaget saknar således betydelse i fråga om bedömningen av huruvida konkurrensbegränsningen varit uppsåtlig.

— Den påstått bristande motiveringen

160 Mot bakgrund av de krav på motivering som avses i artikel 253 EG och som det erinrats om i punkt 140 ovan, finner förstainstansrätten att i skälen 89 och 90 i beslutet anges klart och otvetydigt motiven för kommissionens slutsats att konkurrensbegränsningen varit uppsåtlig.

161 Härav följer att talan inte kan bifallas på den andra grundens första del.

*Den andra grundens andra del: Felaktig bedömning i fråga om överträdelsens allvar och varaktighet*

Det omtvistade beslutet

- 162 När det gäller överträdelsens allvar framgår det av avtalet att i den mån syftet med avtalet varit att bibehålla kunderna och hindra utländska bryggerier från att göra inbrytningar i marknaden, utgör förevarande överträdelse något av det allvarligaste som kan ske. Å andra sidan får överträdelsens omfattning för det första anses vara begränsad till hotell- och restaurangsektorn samt till de utskänkingsställen som var knutna till parterna genom exklusiva inköpsavtal, för det andra har de bestämmelser som avser de utländska bryggerierna inte genomförts och för det tredje är den luxemburgska ölmarknaden den minsta inom gemenskapen. Överträdelsen måste mot bakgrund av dessa omständigheter slutligen klassificeras som allvarlig (skälen 92 och 93).
- 163 När det gäller överträdelsens varaktighet i tiden visar beslutet bland annat att denna upphörde den 16 februari 2000 när Interbrew underrättade kommissionen om att det beordrat sina dotterbolag Mousel och Diekirch att inte längre tillämpa avtalet (skäl 86). Slutsatsen därav är att överträdelsen får anses ha varit långvarig då den pågått i mer än 14 år (åren 1985–2000) (skäl 97).

Parternas argument

- 164 Sökandena har hävdatt att kommissionen gjort en felaktig bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet.

- 165 De har, när det gäller överträdelsens allvar, med tillämpning av riktlinjerna anfört att överträdelser av mindre betydelse definieras som begränsningar "som syftar till att begränsa handeln men som har en begränsad påverkan på marknaden och berör en betydande men relativt smal del av den gemensamma marknaden", och att allvarliga överträdelser definieras som horisontella eller vertikala begränsningar av samma natur som i förevarande fall, men "som tillämpas strängare, har en större påverkan på marknaden och som kan få konsekvenser för stora områden av den gemensamma marknaden". Enligt sökandena kunde emellertid förevarande överträdelse ha klassificerats som mindre allvarlig, eftersom det i skäl 92 i beslutet anges att de bestämmelser som avser utländska bryggerier inte har genomförts, eftersom avtalet endast avsåg hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg och eftersom den information som utväxlats var mycket begränsad. Brasserie nationale har i detta avseende återigen betygat att avtalet inte behövde anmälas.
- 166 När det gäller överträdelsens varaktighet i tiden har sökandena gjort gällande att de bestämmelser som avser de utländska bryggerierna inte har genomförts.
- 167 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på förevarande del av den andra grunden.

### Förstainstansrättens bedömning

#### — Överträdelsens allvar

- 168 Det skall erinras om att det i riktlinjerna bland annat föreskrivs att bedömningen av överträdelsens allvar skall ske med beaktande av överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknadens utsträckning. Överträdelserna delas sålunda in i tre kategorier, varmed mindre allvarliga överträdelser kan skiljas från allvarliga överträdelser och mycket allvarliga överträdelser (punkt 1 A, första och andra styckena).

- 169 Förstainstansrätten preciserar att gemenskapsdomstolen i sin bedömning av böterna inte är bunden av riktlinjerna. Gemenskapsdomstolen har i detta avseende full prövningrätt enligt artikel 17 i förordning nr 17. Även om kommissionen å andra sidan får fastställa bötesbeloppet i enlighet med metoden i riktlinjerna skall den hålla sig inom ramen för de sanktioner som definieras i artikel 15 i förordning nr 17 (förstainstansrättens dom av den 21 oktober 2003 i mål T-368/00, General Motors Nederland och Opel Nederland mot kommissionen, REG 2003, s. II-4491, punkt 188).
- 170 Det skall för övrigt erinras om att överträdelsernas allvar skall fastställas utifrån ett stort antal omständigheter, såsom bland annat de särskilda omständigheterna i målet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan, och detta utan att det fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över kriterier som obligatoriskt skall beaktas. Det följer vidare av fast rättspraxis att kommissionen inom ramen för förordning nr 17 har ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet för att därigenom kunna främja att företagen iakttar konkurrensreglerna. Det ankommer dock på förstainstansrätten att kontrollera om det ålagda bötesbeloppet är proportionellt i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet samt att göra en avvägning mellan överträdelsens allvar och de omständigheter som sökanden åberopar (förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 127, samt domen i det ovannämnda målet General Motors Nederland och Opel Nederland mot kommissionen, punkt 189).
- 171 Det skall i förevarande fall konstateras att kommissionen i beslutet följde ett resonemang i två etapper, för övrigt utan att uttryckligen hänvisa till riktlinjerna.
- 172 När det gäller den första etappen av resonemanget erinrar förstainstansrätten om att avtalet i likhet med vad som anförts inom ramen för prövningen av den tredje och den fjärde delen av den första grunden, leder till en uppdelning av marknaden och dessutom till en avskärmning av den gemensamma marknaden.

- 173 När det emellertid rör sig om uppdelningen av marknaden förekommer konkurrensbegränsande samverkan av detta slag bland de exempel på sådan samverkan som i artikel 81.1 c EG uttryckligen anges vara oförenlig med den gemensamma marknaden. I rättspraxis klassificeras de nämligen som uppenbara konkurrensbegränsningar (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, *European Night Services* m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 136).
- 174 Beträffande avskärmningen av den gemensamma marknaden erinrar förstainstansrätten om att en sådan uppenbar överträdelse av konkurrensrätten till sin natur är synnerligen allvarlig. Den går emot de mest grundläggande målen med gemenskapen och i synnerhet genomförandet av den inre marknaden (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 22 april 1993 i mål T-9/92, *Peugeot* mot kommissionen, REG 1993, s. II-493, punkt 42, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-53, och domen i det ovannämnda målet *General Motors Nederland* och *Opel Nederland* mot kommissionen, punkt 191).
- 175 Kommissionen har med hänsyn till dessa omständigheter på goda grunder i första etappen av sitt resonemang funnit att avtalet innehöll den allvarligaste typen av överträdelse av artikel 81 EG.
- 176 Rätten erinrar i fråga om den andra etappen av resonemanget om att det av fast rättspraxis följer att en geografisk marknad av nationell dimension motsvarar en väsentlig del av den gemensamma marknaden (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, *Michelin* mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 28, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, och domen i det ovannämnda målet *Deutsche Bahn* mot kommissionen, punkt 58).
- 177 Eftersom det är fastställt att förevarande överträdelse rör den luxemburgska hotell- och restaurangsektorn i dess helhet täcker överträdelsen en väsentlig del av den gemensamma marknaden.



178 Kommissionen har för övrigt i riktlinjerna angivit att det i fråga om mycket allvarliga överträdelser i huvudsak rörde sig om "horisontella begränsningar såsom pris-karteller och karteller för uppdelning av marknader eller andra förfaranden som hindrar den inre marknadens funktion, såsom t.ex. förfaranden som syftar till att avskärma de nationella marknaderna" (punkt 1 A andra stycket tredje strecksatsen). Av denna vägledande beskrivning följer att avtal eller samordnade förfaranden som, liksom i förevarande fall, bland annat avser dels fördelning av kunder, dels avskärmning av den gemensamma marknaden, redan på grund av sin art klassificeras som mycket allvarliga utan att det fordras att dessa beteenden kännetecknas av att vara geografiskt vittgående eller av att ha någon särskild påverkan. Denna slutsats stöds av att det i den vägledande beskrivningen av de allvarliga överträdelserna anges att "det ... oftast [är] fråga om horisontella eller vertikala begränsningar ... som tillämpas strängare, har en större påverkan på marknaden och som kan få konsekvenser för stora områden av den gemensamma marknaden", medan det i beskrivningen av mycket allvarliga åsidosättanden inte uppställs något krav på konkret påverkan på marknaden eller på ett visst geografiskt område.

179 Av detta följer att den klassificering av förevarande överträdelse som allvarlig i stället för mycket allvarlig som framgår av beslutet utgör en mildare klassificering i förhållande till de kriterier som generellt tillämpas vid fastställandet av böter i fall av konkurrensbegränsande samverkan för en uppdelning av marknaden och dessutom avskärmning av den gemensamma marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, som fastställts i domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-359/01 P, British Sugar mot kommissionen REG 2004, s. I-4933, punkt 103).

180 Det skall för övrigt erinras om att kommissionen i punkt 1 A andra stycket första strecksatsen i riktlinjerna har preciserat att det, när det gäller mindre allvarliga åsidosättanden, "[t.ex.] kan ... vara fråga om begränsningar, oftast vertikala, som syftar till att begränsa handeln men som har en begränsad påverkan på marknaden och berör en betydande men relativt smal del av den gemensamma marknaden".

- 181 Förstainstansrätten finner dock att en horisontell konkurrensbegränsande samverkan som omfattar en medlemsstats hela territorium och vars syfte är en uppdelning av marknaden och en avskärmning av den gemensamma marknaden inte kan klassificeras som mindre allvarlig i den mening som avses i riktlinjerna.
- 182 Den omständigheten att den andra överträdelsen aldrig genomförts föranleder inte förstainstansrätten att göra någon annan bedömning. Som det erinrats om i punkt 174 utgör nämligen en sådan begränsning en tydlig överträdelse av artikel 81 EG och, mera allmänt, av gemenskapens ändamål.
- 183 Förstainstansrätten finner med stöd av samtliga dessa skäl att kommissionen, genom att klassificera förevarande överträdelse som allvarlig, inte kränkte sökandenas rättigheter i gemenskapsrättsligt hänseende.

— Överträdelsens varaktighet i tiden

- 184 Det räcker i detta avseende att påpeka att även om det antas att det visats att avtalsbestämmelserna om de utländska bryggerierna inte hade genomförts, så saknar detta likväl betydelse.
- 185 Eftersom kommissionen inte var skyldig att bevisa det ifrågavarande avtalets följder, då avtalet i fråga hade ett konkurrensbegränsande syfte, saknar nämligen omständigheten huruvida avtalet i fråga hade genomförts eller ej relevans för beräkningen av överträdelsens varaktighet. För att beräkna varaktigheten av en överträdelse som har ett konkurrensbegränsande syfte, skall det nämligen endast

fastställas hur länge detta avtal har funnits, det vill säga hur lång tid som förflutit mellan datumet då det ingicks och datumet då det upphörde (domen i det ovannämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 280).

- 186 Av vad som anförts ovan följer att talan inte kan bifallas på den andra grundens andra del.

*Den andra grundens tredje del: Underlåtenhet att tillämpa riktlinjerna i fråga om förmildrande omständigheter*

Det omtvistade beslutet

- 187 I beslutet befanns det att den rättspraxis som tillämpades under den relevanta tiden och som innebar att giltigheten hos vissa ölklausuler var osäker gav anledning till tvivel kring begränsningens olaglighet i fråga om det ömsesidiga iakttagandet av ölklausulerna fram till mars 1996, vilket rättfärdigade en nedsättning av bötesbeloppet med 20 procent (skäl 100).

Parternas argument

- 188 Sökandena har till stöd för denna delgrund hävdats dels att kommissionen felaktigt valde att inte beakta den förmildrande omständigheten att det förelåg osäkerhet ända fram till och med mars månad år 1996 på grund av ovannämnda luxemburgska rättspraxis, eftersom detta datum inte kan användas som slutdatum för bedömningen av den risk som avtalet föranlett. Brasserie nationale har tillagt att möjliga överklaganden och motstridigheter i rättspraxis motiverar att osäkerheten anses utgöra en förmildrande omständighet fram till tidpunkten när avtalet löper ut, eller

åtminstone till dess att den genomsnittliga handläggningstiden för ett överklagande i en sådan stat som Luxemburg, det vill säga tre år, har löpt ut. Enligt Brasserie nationale var en nedsättning av bötesbeloppet med mins. 40 procent befogad under dessa omständigheter.

- 189 Sökandena har å andra sidan åberopat att det bland de förmildrande omständigheter som räknas upp i riktlinjerna anges att "företaget i praktiken inte har tillämpat avtal eller förfaranden som utgör överträdelser" (punkt 3 andra strecksatsen). Till följd härav motiverar underlåtenheten att tillämpa de bestämmelser i avtalet som avser de utländska bryggerierna en extra nedsättning av bötesbeloppet.
- 190 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på förevarande del av den andra grunden.

#### Förstainstansrättens bedömning

- 191 När det gäller sökandenas första påstående, erinrar förstainstansrätten om att kommissionen fann att det rättssäkerhetsproblem som parterna åberopat inte kunde motivera ett avsteg från artikel 81.1 EG (skäl 62). Som anförts inom ramen för prövningen av den första grundens tredje del är detta skäl inte behäftat med något fel, eftersom sådana farhågor inte kan rättfärdiga en samverkan i konkurrensbegränsande syfte.
- 192 Eftersom detta problem inte motiverade en sådan konkurrensbegränsande samverkan, kan det emellertid inte beaktas som en förmildrande omständighet som rättfärdigar en nedsättning av de böter som påförts på grund av denna samverkan.

- 193 Den rättsosäkerhet som parterna åberopat kan inte utgöra skäl för att det skall anses föreligga rimligt tvivel om huruvida det i målet aktuella konkurrensbegränsande beteendet utgör en överträdelse i den mening som avses i punkt 3 i riktlinjerna. Som angivits ovan har avtalet nämligen slutits i syfte att dela upp marknaden och avskärma den gemensamma marknaden.
- 194 Härav följer att kommissionen inte åsidosatte sökandenas gemenskapliga rättigheter genom att på grund av nämnda tvivel sätta ned bötesbeloppet med 20 procent.
- 195 När det gäller sökandenas andra påstående påpekar förstainstansrätten att ovannämnda punkt 3 andra strecksatsen i riktlinjerna inte skall tolkas som att den avser fallet då en konkurrensbegränsande samverkan inte genomförts i sin helhet, bortsett från varje företags eget beteende, utan skall förstås som en omständighet baserad på varje företags individuella beteende.
- 196 Sökandena har emellertid inte anfört någon omständighet som visar att någon förmildrande omständighet skall beaktas i deras fall med stöd av punkt 3 andra strecksatsen i riktlinjerna med hänvisning till att avtalet faktiskt inte tillämpats, det vill säga en omständighet som visar att de faktiskt underlåtit att tillämpa avtalet genom att i stället bete sig på marknaden som om det rådde konkurrens.
- 197 Av vad som anförts ovan följer att talan inte kan bifallas på den andra grundens tredje del.

*Den andra grundens fjärde del (endast åberopad i mål T-49/02): Bristande motivering i fråga om det initiala belopp som kommissionen använt som underlag vid beräkningen av böterna*

#### Det omtvistade beslutet

- 198 Förevarande överträdelse har i beslutet klassificerats som allvarlig av samtliga de skäl som angivits ovan. Kommissionen fann dessutom att det var nödvändigt att beakta parternas faktiska ekonomiska förmåga att orsaka skada, den fastställde bötesbeloppet till en nivå som var tillräckligt avskräckande och den fann att detta belopp måste vägas mot den relativa betydelsen av vardera partens uppträdande. Det var på detta sätt som parterna delades in i tre grupper utifrån deras respektive försäljning inom berörd sektor, och beloppet som påfördes med hänsyn till överträdelsens allvar för den första gruppen som avses i skäl 95 i beslutet och som rör Brasserie de Luxembourg fastställdes till 500 000 euro (skälen 92–95).

#### Parternas argument

- 199 Brasserie nationale har hävdade att kommissionens motivering för att använda det initiala belopp som lagts till grund för beräkningen av böterna är bristfällig vad avser den första grupp av företag som avses i skäl 95 i beslutet, ett belopp som genomgående är avgörande för samtliga beräkningar för varje part. Detta hindrar domstolskontrollen av de böter som Brasserie nationale påförts, vilket utgör skäl för att ogiltigförklara böterna.
- 200 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på förevarande del av den andra grunden.

## Förstainstansrättens bedömning

- 201 Med beaktande av de krav på motivering som avses i artikel 253 EG och som det erinrats om i punkt 140 ovan, finner förstainstansrätten att Brasserie nationale med hänsyn till upplysningarna i punkterna 92–95 i beslutet hade full möjlighet att utforma sina grunder avseende att de omständigheter som kommissionen använt för beräkningen av nämnda belopp på 500 000 euro för den första ovannämnda gruppen inte var lagenliga.
- 202 Av nämnda skäl framgår nämligen att kommissionen kom fram till detta belopp genom att först klassificera förevarande överträdelse som allvarlig och därefter beakta Brasserie de Luxembourgs ekonomiska förmåga att skada de andra aktörerna, behovet av att fastställa bötesbeloppet till en nivå som är tillräckligt avskräckande samt den relativa betydelsen av bolagets olagliga uppträdande. Sistnämnda relativa betydelse bestämdes utifrån bolagets försäljning inom hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg.
- 203 Talan kan således inte bifallas på den andra grundens fjärde del.
- 204 Då samtliga delar av den andra grunden underkänts kan talan inte heller bifallas på denna grund.
- 205 Talan skall därmed ogillas i sin helhet.

## Rättegångskostnader

- 206 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.
- 207 Kommissionen har yrkat att sökandena skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

### FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökandena förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.**

Meij

Forwood

Pelikánová

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 juli 2005.

H. Jung

Justitiesekreterare

A.W.H. Meij

Ordförande



## Innehållsförteckning

Bakgrund .....	II - 3040
Det omtvistade beslutet .....	II - 3044
Förfarandet .....	II - 3046
Parternas yrkanden .....	II - 3046
Rättslig bedömning .....	II - 3047
1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 81.1 EG .....	II - 3047
Bedömningen av syftet med avtalet (den första grundens tredje, fjärde och första delar) .....	II - 3048
Det omtvistade beslutet .....	II - 3048
Parternas argument .....	II - 3054
— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att bevara kundkretsen (den första grundens tredje del) .....	II - 3054
— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att hindra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg (den första grundens fjärde del) .....	II - 3059
— Avtalets sammanhang har inte tillräckligt beaktats vid bedömningen av dess syfte (den första grundens första del) .....	II - 3060
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3062
— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att bevara kundkretsen (den första grundens tredje del) .....	II - 3062
— Den påstått felaktiga beteckningen av avtalet som ett avtal som har till syfte att hindra inbrytningar i hotell- och restaurangsektorn i Luxemburg (den första grundens fjärde del) .....	II - 3067
II - 3102	

BRASSERIE NATIONALE M.FL. MOT KOMMISSIONEN

— Avtalets sammanhang har inte tillräckligt beaktats vid bedömningen av dess syfte (den första grundens första del) .....	II - 3071
Den första grundens andra del enligt vilken kommissionen felaktigt konstaterade att avtalet var tillämpligt i avsaknad av en ölklausul .....	II - 3072
Det omtvistade beslutet .....	II - 3072
Parternas argument .....	II - 3073
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3075
Den första grundens femte del: Frånvaron av kännbara verkningar från avtalet på konkurrensen .....	II - 3082
Det omtvistade beslutet .....	II - 3082
Parternas argument .....	II - 3082
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3083
— Den påstått felaktiga tillämpningen .....	II - 3083
— Påståendet om bristande motivering .....	II - 3084
2. Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG .....	II - 3085
Den andra grundens första del: Överträdelsen har inte begåtts uppsåtligen ...	II - 3085
Det omtvistade beslutet .....	II - 3085
Parternas argument .....	II - 3086
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3087
— Den påstått felaktiga bedömningen .....	II - 3087
— Den påstått bristande motiveringen .....	II - 3089
	II - 3103

Den andra grundens andra del: Felaktig bedömning i fråga om överträdelsens allvar och varaktighet .....	II - 3090
Det omtvistade beslutet .....	II - 3090
Parternas argument .....	II - 3090
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3091
— Överträdelsens allvar .....	II - 3091
— Överträdelsens varaktighet i tiden .....	II - 3095
Den andra grundens tredje del: Underlåtenhet att tillämpa riktlinjerna i fråga om förmildrande omständigheter .....	II - 3096
Det omtvistade beslutet .....	II - 3096
Parternas argument .....	II - 3096
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3097
Den andra grundens fjärde del (endast åberopad i mål T-49/02): Bristande motivering i fråga om det initiala belopp som kommissionen använt som underlag vid beräkningen av böterna .....	II - 3099
Det omtvistade beslutet .....	II - 3099
Parternas argument .....	II - 3099
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3100
Rättegångskostnader .....	II - 3101