FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 16 maj 2000 *

Innehåll

I — Inledning I-11372

II — Bakgrund och förfarande I-11372

III — Nödvändigheten av att undvika konflikter mellan beslut från nationella domstolar och gemenskapens organ I-11376

A — När uppkommer risk för motstridiga beslut? I-11376

a) Allmänt I-11376

b) Förevarande mål I-11377

B — Domstolens rättspraxis om hur risken för eventuella motstridiga beslut skall behandlas I-11378

C — De speciella särdragen i förevarande mål I-11379

IV — Hur skall de tolkningsfrågor som har ställts till domstolen behandlas? I-11380

A — Inledande synpunkter I-11380

a) Föremålet för tvisten vid den nationella domstolen I-11380

b) De tolkningsfrågor som hänskjutits till domstolen I-11381

B — Är det möjligt att i detta fall granska giltigheten av beslut 98/531 genom en begäran om förhandsavgörande? I-11383

a) Inledande anmärkningar I-11384

b) Omständigheten att parterna är desamma i tvisten vid den nationella domstolen utgör hinder för en begäran om förhandsavgörande angående giltigheten av beslut 98/531 ..... I-11385

c) De allmänna problemen i samband med granskningen av giltigheten hos gemenskapsbeslut, som det i förevarande mål, genom ett förfarande enligt artikel 234 EG I-11389

C — Slutsatser I-11391

V — Den andra tolkningsfrågan I-11392

A — Priset på glass och de berörda avtalens förenlighet med bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget I-11392

* Originalspråk: grekiska.

B — Den berörda exklusivitetsklausulen och artikel 85.1 i EG-fördraget I-11394
a) Domen i målet Delimitis I-11394
b) Tillämpningen av domen i målet Delimitis på detta mål I-11395
c) De berörda exklusivitetsklausulernas objektiva berättigande I-11400
C — De berörda exklusivitetsklausulerna och artikel 86 i EG-fördraget I-11403
VI — Den tredje tolkningsfrågan I-11407
VII— Slutsatser I-11409
VIII—Förslag till avgörande I-11409

I — Inledning

1. I detta mål har domstolen anmodats att meddela ett förhandsavgörande avseende tre frågor som Supreme Court (Irland) har ställt enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG). Den första frågan avser förhållandet mellan de nationella domstolarna och gemenskapens administrativa och rättsskipande institutioner i situationer som aktualiserar en fråga om ad hoc-tolkning och -tillämpning av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81.1 EG och 82 EG). De två följande frågorna berör förenligheten mellan gemenskapsreglerna och exklusivitetsklausuler i avtal som en tillverkare och leverantör av glass ålägger detaljhandlare i samband med användningen av frysdiskar som leverantören tillhandahåller motparten.

II — Bakgrund och förfarande

2. Målet gäller avtal som ingåtts av HB Ice Cream Ltd, nu Van Den Bergh Foods Ltd (nedan kallat HB) i samband med leverans av lösglass i Irland. Som ett led i HB:s affärspolicy tillhandahålls frysdiskar till detaljhandlare som säljer företagets glass under förutsättning att frysdiskarna i fråga endast används för de egna produkterna (nedan kallat exklusivitetsklausulen). HB, som sedan år 1974 ingår i Unileverkoncernen, är Irlands största tillverkare och leverantör av glass. Företaget har en dominerande ställning på marknaden och dess marknadsandel har aldrig understigit 70 procent.

3. Masterfoods Ltd (nedan kallat Masterfoods) är ett dotterbolag till det nordamerikanska multinationella bolaget Mars Inc, som gick in på den irländska glassmarkna-

den år 1989. Från och med sommaren det året började många detaljhandlare förvara Mars-glass i de frysdiskar som tillhandahållits av HB. HB anmodade dem att iaktta exklusivitetsklausulen i frysdiskavtalet.

4. I mars 1990 väckte Masterfoods talan vid High Court (Irland) och yrkade fastställelse av att exklusivitetsklausulen stod i strid med artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. HB begärde att domstolen skulle förbjuda Masterfoods att uppmana detaljhandlare att förvara Mars-glass i HB:s frysdiskar. I april 1990 beviljade High Court HB ett tillfälligt föreläggande.

5. Den 28 maj 1992 avkunnade High Court dom. Genom denna dom ogillade High Court Masterfoods talan och beviljade HB ett permanent förbud som förhindrade Masterfoods att uppmana detaljhandlare att förvara Mars-glass i HB:s frysdiskar. HB:s skadeståndskrav ogillades dock.

6. Den 4 september 1992 överklagade Masterfoods High Courts dom till Supreme Court. I sitt överklagande yrkade Masterfoods att Supreme Court för det första skulle upphäva High Courts dom och förbudsföreläggande, för det andra fastställa att exklusivitetsklausulerna i fråga var olagliga och ogiltiga, eftersom de stod i strid med artiklarna 85 och 86 i fördraget, för det tredje, alternativt, återförvisa målet till High Court och för det fjärde förplikta motparten att ersätta rättegångskostnaderna.

7. Noteras skall att Masterfoods den 18 september 1991, parallellt med förfarandena vid de nationella domstolarna, inkom med ett klagomål till kommissionen och gjorde gällande att exklusivitetsklausulerna i frysdiskavtalet mellan HB och detaljhandlarna stod i strid med gemenskapens konkurrensregler. Den 29 juli 1993 fattade kommissionen ett preliminärt beslut om att HB:s leveranssystem utgjorde en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget och utfärdade ett meddelande om anmärkningar. Kommissionen gav HB tillfälle att föreslå ändringar av sitt distributionssystem för glass. Den 8 mars 1995, efter diskussioner med kommissionen, meddelade HB sina förslag till ändringar. Kommissionen uttryckte inledningsvis uppfattningen *prima facie* att ändringarna var tillräckliga för ett undantag. Den 15 augusti 1995 utfärdade den ett meddelande där den förklarade sin avsikt att göra en positiv bedömning av det (reviderade) distributionssystem som anmälts. Längre fram, sedan kommissionen funnit att ändringarna inte hade åstadkommit de förväntade resultaten på marknaden, och mot bakgrund av situationen vid den tidpunkten, ändrade dock kommissionen den tillkännagivna inställningen och tillställde HB ett nytt meddelande om anmärkningar (den 22 januari 1997). Den 11 mars 1998, slut-

ligen, antog kommissionen beslut 98/531/EG [1] (nedan kallat beslut 98/531).

8. I artikel 1 i beslut 98/531 förklaras att: "[b]estämmelsen om exklusivitet i de avtal om frysdiskar, som slutits mellan Van den Bergh Foods Limited och detaljhandlare i Irland för utplacering av frysdiskar i försäljningsställen där det endast finns en eller flera frysdiskar som tillhandahållits av Van den Bergh Foods Limited för förvaring av enskilt förpackade lösglassartiklar och där det inte finns frysdiskar som dessa detaljhandlare själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glasstillverkare än Van den Bergh Foods Limited, utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget."

9. I artikel 3 i beslut 98/531 tillkännages: "Van den Bergh Foods Limiteds uppmuntran av detaljhandlare i Irland, som inte har frysdiskar som de själva skaffat sig eller som tillhandahållits av någon annan glasstillverkare än Van den Bergh Foods Limited, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor genom att erbjuda sig att utan någon direkt kostnad tillhandahålla dessa detaljhandlare frysdiskar för förvaring av enskilt förpackade lösglassartiklar och att underhålla dem, utgör en överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget."

1 — Kommissionens beslut av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget (Ärende nr IV/34.073, nr IV/34.395 och nr IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EGT L 246, s. 1).

10. Den 21 april 1998 väckte HB talan vid Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt om ogiltigförklaring av kommissionens beslut (mål T-65/98).

11. Den 16 juni 1998 beslutade Supreme Court, genom ett beslut om hänskjutande, att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

"1. Med hänsyn till dom och beslut av High Court (Irland) av den 28 maj 1992, beslut av Europeiska gemenskapernas kommission av den 11 mars 1998 och ansökan av Van den Bergh Foods Limited med stöd av artiklarna 173, 185 och 186 i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen (nedan kallat EG-fördraget) om att förstainstansrätten skall ogiltigförklara sistnämnda beslut och bevilja uppskov med verkställigheten av detta:

a) Medför den skyldighet till uppriktigt samarbete med kommissionen som fastslagits i domstolens rättspraxis att Supreme Court måste vilandeförklara det mål som har anhängiggjorts vid denna och invänta utgången av det mål som väckts vid förstainstansrätten mot kommissionens ovannämnda beslut och av eventuella senare överklaganden till domstolen?

b) Medför kommissionens beslut som är riktat till en enskild part (och som är föremål för en talan om ogiltigförklaring och en ansökan om uppskov med verkställigheten av denna part) om att denna parts frysdiskavtal strider mot artikel 85.1 och/eller artikel 86 i EG-fördraget att denna part hindras från att försöka få en dom fastställd i vilken en nationell domstol har gjort en motsatt bedömning till den partens förmån om samma eller liknande frågor enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget, när beslutet från denna domstol överklagats till sista nationella instans?

Frågorna 2 och 3 skall endast besvaras för det fall fråga 1 a besvaras nekande.

2. Mot bakgrund av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget avseende de ifrågavarande frysdiskavtalen på marknaden för enskilt förpackade lösglassartiklar, strider det mot artikel 85.1 och/eller artikel 86 i EG-fördraget att en tillverkare och/eller en leverantör av glass tillhandahåller detaljhandlaren en frysdisk utan direkt kostnad — eller på annat sätt förmår detaljhandlaren att motta frysdisken — på villkor att återförsäljaren i denna frysdisk endast förvarar sådan glass som levereras av nämnda tillverkare och/eller leverantör?

3. Är det med hänsyn till artikel 222 i EG-fördraget omöjligt att ifrågasätta giltigheten av exklusiva frysdiskavtal med stöd av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget?"

12. Dessutom meddelade förstainstansrättens ordförande, i det mål som anhängiggjordes genom HB:s ansökan av den 21 april 1998, genom beslut av den 7 juli 1998,[2] uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut till dess att förstainstansrätten hade avkunnat dom i det målet (T-65/98).

13. Genom beslut av den 28 april 1999 vilandeförklarade ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning förfarandet i mål T-65/98 i enlighet med artikel 47 tredje stycket i EG-stadgan för domstolen fram till dess att domstolen meddelat dom i förevarande mål.

2 — Mål T-65/98 R, Van den Berg Foods mot kommissionen, (REG 1998, s. II-2641).

III — Nödvändigheten av att undvika konflikter mellan beslut från nationella domstolar och gemenskapens organ

14. Den centrala frågan i förevarande mål är naturligtvis att inom ramen för tolkningen och tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81 EG och 82 EG) undvika konflikter mellan avgöranden från nationella domstolar och beslut från gemenskapens institutioner. Den risken uppkommer, som domstolen noterade i domen i målet Delimitis, [3] eftersom kommissionen i vissa frågor som behandlas i artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget — däribland frågan om ett företags agerande skall anses vara förenligt med artikel 85.1 och 86 i EG-fördraget — inte har exklusiv behörighet, utan fastmer delar sin behörighet med de nationella domstolarna.

A — *När uppkommer risk för motstridiga beslut?*

a) Allmänt

15. Följande inledande anmärkningar måste göras avseende frågan om när det föreligger en konflikt eller risk för konflikt mellan å ena sidan ett kommissionsbeslut i vilket artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget tillämpas på en specifik tvist, och å andra sidan ett avgörande från en nationell domstol i samma fråga.

16. För att fastställa förekomsten av denna typ av konflikt är inte ett samband mellan den rättsfråga som uppkommer inför den nationella domstolen och den som prövas av kommissionen i sig tillräckligt. [4] Detsamma gäller avseende det rättsliga problemets likhet om inte den rättsliga och faktiska ramen i det fall som granskas av kommissionen är helt identisk med den i det mål som prövas vid den nationella domstolen. [5] Kommissionens beslut kan ge viktig vägledning [6] om den lämpliga tolkningen av artiklarna 85.1 och 86, men i detta fall föreligger, ur strikt rättslig synpunkt, inte någon risk för att motstridiga beslut fattas. En sådan risk uppstår endast när den bindande effekt som den nationella domstolens avgörande har eller kommer att ha står i konflikt med skälen och besluts-

3 — Dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89 (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65), punkterna 43—46. Se även dom av den 6 februari 1967 i mål 48/72, Brasserie de Haecht (REG 1967, s. 77; svensk specialutgåva, volym 2, s. 67), och av den 30 januari 1974 i mål 127/73, BRT mot SABAM (REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, volym 2, s. 201).

4 — Som exempelvis när nationella domstolar prövar lagligheten av en exklusivitetsklausul avseende användningen av frysdiskar för glass och kommissionen prövar ett exklusivt avtal om användningen av ett distributionsnät för tidningar.

5 — Som exempelvis det fall då nationella domstolar prövar lagligheten av ett exklusivt avtal avseende användningen av frysdiskar för glass mellan ett visst företag och detaljhandlare 1, 2 och 3 på Irland, medan kommissionen granskar ett liknande avtal avseende samma produkter på samma marknad mellan ett annat företag och detaljhandlare 4, 5 och 6.

6 — Se punkterna 20 och 21 i kommissionens meddelande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen vid tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget, 93/C 39/05, (EGT C 39, 1993, s. 6).

delen i kommissionens beslut.[7] Följaktligen måste gränserna för den bindande verkan av den nationella domstolens avgörande och innehållet i kommissionens beslut granskas vid varje tillfälle.

b) Förevarande mål

17. Det måste i detta mål inledningsvis betonas att föremålet för High Courts avgörande *prima facie* förefaller sammanfalla med föremålet för kommissionens beslut. Det består i att fastställa om den exklusivitetsklausul som ingår i frysdiskavtalet mellan HB och återförsäljare av glass i Irland är förenlig med artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget. Detta innebär dock inte att dessa, i den mån de kommer till motstridiga slutsatser, helt står i konflikt med varandra.

18. Närmare bestämt baseras High Courts avgörande, i fråga om konstaterandet att de ifrågasatta, av HB införda, exklusivitetsklausulerna inte på grund av sin påverkan på konkurrensen strider mot artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget, på omständigheter och bedömningar som tidsmässigt är hänförliga till perioden innan det avgörandet meddelades, det vill säga före år 1992. Emellertid sträcker sig givetvis rättsverkningarna av High Courts dom förbi tidpunkten för dess avkunnande. High Court utfärdade ett permanent förbud av innebörden att exklusivitetsklausulerna beträffande HB:s frysdiskar skulle iakttas och att Masterfoods förbjöds att uppmuntra detaljhandlare att bryta mot klausulerna.

19. Kommissionens beslut grundas huvudsakligen på marknadsundersökningar utförda år 1996,[8] och beaktar dessutom det faktum att de avtal om tillhandahållande av frysdiskar som HB föreslog detaljhandlare reviderades efter år 1995. I beslutsdelen är kommissionens beslut entydigt: avtalsklausulerna om exklusiv användning av frysdiskar som HB tillhandahöll detaljhandlarna är ogiltiga, eftersom de strider mot artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget. HB åläggs att "omedelbart upphöra"[9] med sagda överträdelser och att inom tre månader efter delgivningen av beslutet underrätta detaljhandlarna om detta.[10]

20. Av ovanstående kan följande två slutsatser dras. För det första grundas inte

7 — Jag förnekar inte att i fall där likheten mellan föremålet för kommissionens beslut och föremålet för den nationella domstolens avgörande är mer uppenbar, främjar inte dessa två organs antagande av motstridiga beslut en enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten. De utgör emellertid inte fall av odelad konflikt mellan gemenskapsbeslutet och det nationella beslutet. En annan tolkning av innebörden att ovannämnda risk för att motstridiga beslut meddelas gavs en vidare avgränsning, skulle leda till att den nationella domstolen blev alltför bunden.

8 — Se punkterna 28—38 i beslut 98/531.

9 — Artikel 4 i beslut 98/531.

10 — Artikel 5 i beslut 98/531.

kommissionens beslut på en bedömning av samma omständigheter som dem som beaktades av den irländska domstolen. [11] Det är teoretiskt möjligt att exklusivitetsklausulen i de frysdiskavtal som var gällande och tillämpades före år 1992 — såsom High Court fann — inte stred mot gemenskapens konkurrensregler, men att det omvända var fallet för avtalen daterade efter år 1992, på vilka kommissionens granskning var inriktad. För det andra är de två besluten uppenbart motstridiga i fråga om sina rättsverkningar, åtminstone från den tidpunkt då kommissionens beslut antogs och delgavs. Närmare bestämt skall exklusivitetsklausulen, enligt kommissionens beslut, från och med den 11 mars 1998 omedelbart upphöra att gälla eftersom de inte överensstämmer med gemenskapens konkurrensregler. Däremot föreskrev High Courts förbud, som var tillämpligt även efter den 11 mars 1998, att exklusivitetsklausulen skulle respekteras.

21. Följaktligen står vi inför en partiell konflikt mellan High Courts avgörande och kommissionens beslut. [12] Konflikten beror på om kommissionens beslut tillämpas, eftersom förstainstansrättens ordförande meddelade uppskov med dess verkställighet. [13] Dessutom finns det en risk för att Supreme Court, med utgångspunkt i grunderna för domen från High Court i första instans eller i nya omständigheter och bedömningar, kommer att meddela en dom som står i strid med kommissionens beslut. Jag kommer att granska den möjligheten i nästa avsnitt av min bedömning.

B — *Domstolens rättspraxis om hur risken för eventuella motstridiga beslut skall behandlas*

22. Jag har redan nämnt att domstolen i sin dom i målet Delimitis [14] fokuserade på risken för motstridiga avgöranden från nationella domstolar och kommissionen inom ramen för tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler. Domstolen betonade att meddelandet av motstridiga beslut stred mot den allmänna rättssäkerhetsprincipen och "[därför] måste... undvikas när de nationella domstolarna träffar avgöranden om avtal eller förfaranden som senare kan bli föremål för beslut av kommissionen". [15]

23. Domstolen fann det därefter angeläget att ge den nationella domstolen viss vägled-

11 — Det skulle vara fallet om kommissionen hade grundat sitt beslut på de förhållanden som rådde på den irländska glassmarknaden under perioden 1990—1992 och på de berörda företagens marknadsandelar under samma period.

12 — Se även punkt 7 i det ovannämnda beslutet av förstainstansrättens ordförande av den 7 juli 1998.

13 — Se ovan fotnot 2.

14 — Se den i fotnot 3 ovan nämnda domen.

15 — Ibidem, punkt 47.

ning om hur situationen skulle hanteras. Om svaret i fråga om tillämpningen av de berörda gemenskapsreglerna är entydigt, kan den nationella domstolen fortsätta det rättsliga förfarandet. [16] Om det emellertid föreligger en risk för motstridighet mellan avgörandet från den nationella domstolen och framtida beslut av kommissionen inom ramen för tillämpningen av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget, så "... kan den nationella domstolen besluta att förklara målet vilande eller vidta interimistiska åtgärder...". [17] Dessutom förklarade domstolen att den nationella domstolen kan begära information från kommissionen om i vilket stadium ett eventuellt kommissionsförfarande befinner sig eller hjälp avseende svårigheter vid tillämpningen av de relevanta fördragsbestämmelserna. [18] Slutligen kan den nationella domstolen förklara målet vilande och begära ett förhandsavgörande av domstolen enligt artikel 177 i fördraget. [19]

24. Det bör påpekas att en nationell domstol i målet Delimitis hade att meddela ett avgörande om tillämpningen av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget vid en tidpunkt då kommissionen behandlade samma problem, men ännu inte hade meddelat ett beslut. Dessutom avser domstolens uppmaning att använda de processuella möjligheter som erbjuds genom artikel 177 i EG-fördraget ett skede i förfarandet där den nationella domstolen inte prövar lagligheten hos en redan antagen rättsakt från kommissionen. Den nationella domstolen anmodades med andra ord att ta upp frågan om tolkningen av gemenskapsbestämmelser, och inte en fråga om giltigheten av ett enskilt beslut som fattats av kommissionen, genom tolkningsfrågor till domstolen. Den frågan aktualiseras i förevarande mål, och jag finner det lämpligt att nedan beskriva dess olika aspekter.

C — *De speciella särdragen i förevarande mål*

25. Förevarande mål täcks inte helt av den rättspraxis som fastslogs i målet Delimitis. Dess särskilda beskaffenhet och svårighet består i följande:

Som jag redan nämnt föreligger för det första inte bara en potentiell, utan en uppenbar och konkret konflikt mellan det avgörande som meddelades av den irländska domstolen i första instans och ett redan antaget kommissionsbeslut. [20] Den konflikten skulle ha uppkommit även om inte förstainstansrätten hade beslutat om uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut. [21] Dessutom kommer avgörandena från kommissionen och den irländska domstolen att stå i strid med

16 — Ibidem, punkt 50.

17 — Ibidem, punkt 52.

18 — Ett utflöde av kommissionens skyldighet enligt artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG) att samarbeta lojalt med nationella myndigheter.

19 — Domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Delimitis, punkt 54.

20 — Det bör även noteras att den nationella domstolen i detta fall fann att den berörda exklusivitetsklausulen var förenlig med gemenskapens konkurrensregler, medan kommissionen kom till den diametralt motsatta ståndpunkten. Följderna av förekomsten av motsatta åsikter skulle innebära mindre risk för stabiliteten i gemenskapens rättsliga struktur om det hade varit den nationella domstolen som haft en negativ inställning till exklusivitetsklausulerna och kommissionen som hade funnit dem förenliga med artiklarna 85.1 och 86 i fördraget.

21 — Se ovan punkt 12.

varandra om Supreme Court, inom ramen för tvisten vid den nationella domstolen, gör ett ställningstagande som står i strid med kommissionens beslut 98/531. Det kan inträffa, för det första, om Supreme Court finner att skälen och domslutet i High Courts dom är riktiga, eller, för det andra, att domslutet, trots att domskälen för avgörandet i första instans är fel, på grund av andra omständigheter är korrekt.

För det andra är frågan om lagligheten i kommissionens beslut anhängig vid förstainstansrätten. I händelse av att den senare ogillar ansökan och att irländska Supreme Court fastställer High Courts motstridiga avgörande, kommer gemenskapsrättens företräde att ha kränkts dubbelt av de irländska domstolarna. [22]

För det tredje kan förevarande fall föranleda domstolen att uttala sig om förhållandet mellan det rättsliga förfarandet enligt artiklarna 173 och 177 i EG-fördraget (nu artiklarna 230 EG och 234 EG), och även om förhållandet mellan domstolen och förstainstansrätten.

För det fjärde är en av parterna i tvisten vid den nationella domstolen, HB, som stöder High Courts avgörande i första instans, även mottagare av kommissionens beslut och har väckt talan mot det vid förstainstansrätten. I det sammanhanget intervenerade motparten i tvisten vid den nationella domstolen, Masterfoods, vid förstainstansrätten i det förfarande som inleddes genom HB:s ansökan. Denna omständighet kommer sannolikt att påverka svaret på den första tolkningsfrågan.

IV — Hur skall de tolkningsfrågor som har ställts till domstolen behandlas?

A — *Inledande synpunkter*

a) Föremålet för tvisten vid den nationella domstolen

26. Först av allt måste föremålet för tvisten vid Supreme Court fastställas. Även om det inte är nödvändigt att gå in på detaljer som är beroende av irländsk processrätt, vill jag framhålla att den nationella domstolens uppgift är att bedöma riktigheten i såväl domskälen som domslutet i domen från första instans. Riktigheten i den ståndpunkt som intagits av High Court angående exklusivitetsklausulernas förenlighet med artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget kommer främst att bedömas mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som den irländska underrätten hade att

22 — Dels därför att gemenskapsförvaltningens behöriga myndighets (kommissionens) uppfattning inte kommer att ha beaktats, dels därför att gemenskapsdomstolarnas behörighet — nämligen förstainstansrättens behörighet och, vid ett överklagande, domstolens behörighet — att fälla avgörande avseende lagligheten hos rättsakter från gemenskapens myndigheter och att säkerställa att de efterlevs inte kommer att ha respekterats.

grunda sitt avgörande på. Den bedömningen av Supreme Court påverkas inte nödvändigtvis av kommissionens beslut 98/531.

27. Omvänt strider rättsverkningarna av den irländska domstolens avgörande i första instans direkt mot kommissionens beslut 98/531, eftersom de fortgår efter ikraftträdandet av det senare. Följaktligen är det, *oavsett om domskälen för High Courts avgörande i första instans var riktiga vid tidpunkten för dess avkunnande*, uppenbart att dess fortsatta tillämpning även sedan kommissionens beslut har trätt i kraft skulle strida mot det senare om inte förstainstansrätten hade meddelat uppskov med dess verkställighet. Supreme Court kan inte bortse från den omständigheten, eftersom dess egen dom slutligt kommer att avgöra om det förbud som meddelades av High Court skall vara tillämpligt även efter den 11 mars 1998. Dessutom skall Supreme Court om rättsordningen medger det, mot bakgrund av att den har att pröva ett rättsligt beslut från första instans att utfärda ett permanent förbud, beakta den rättsliga och faktiska situationen som var rådande fram till tidpunkten för dess egen bedömning. I så fall kan den inte bortse från kommissionens beslut 98/531.

b) De tolkningsfrågor som hänskjutits till domstolen

28. Den första frågan gäller den omständigheten att kommissionens beslut 98/531, som strider mot domslutet i den irländska domstolens avgörande i första instans, redan har ifrågasatts vid förstainstansrätten. Är detta tillräckligt för att den nationella domstolen skall tvingas invänta att talan om ogiltigförklaring avgörs innan den meddelar dom i den där anhängiga tvisten? Har det någon betydelse att HB, vars talan bifölls genom avgörandet i första instans, även är en part som med stöd av artikel 173 i EG-fördraget har väckt talan mot beslut 98/531? De andra två frågorna avser sakfrågor, nämligen den korrekta tolkningen och tillämpningen av artiklarna 85.1, 86 och 222 i EG-fördraget.

29. Beträffande den första frågan är följande inledande anmärkning påkallad. Om lösningen på tvisten vid den nationella domstolen inte påverkas av giltigheten av kommissionens beslut 98/531, kan den under inga omständigheter bero på utgången av talan om ogiltigförklaring av det beslutet vid förstainstansrätten. Den möjligheten är hypotetiskt tänkbar, eftersom High Courts avgörande, som nämnts, inte nödvändigtvis i fråga om domskälen står i strid med kommissionens beslut, eftersom det grundar sig på andra faktiska omständigheter. Är det emellertid faktiskt möjligt att pröva tvisten vid den nationella domstolen utan att alls beröra frågan om riktigheten i kommissionens beslut och nödvändigheten av att respektera detta? Följande två situationer måste skiljas åt.

30. (i) Låt oss anta att Supreme Court, genom den tolkningsvägledning som domstolen kommer att tillhandahålla inom ramen för den andra och den tredje tolk-

ningsfrågan, finner att High Courts avgörande, mot bakgrund av de omständigheter som fastställts, är rättsligt oriktigt därför att High Court har tolkat eller tillämpat artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget felaktigt. Avgörandet från första instans kommer då att upphävas, det kommer att upphöra att medföra rättsverkningar och det kommer inte längre att föreligga problem på grund av en konflikt mellan det avgörandet och kommissionens beslut. Om tvisten vid Supreme Court avgörs genom att det fastställs att avgörandet i första instans var felaktigt och att det permanenta förbudet till HB:s fördel upphävs, anser jag att det vore lämpligast att den nationella domstolen avslutar sin rättsskipande uppgift, utan att den behöver veta om beslut 98/531 är giltigt och utan att den riskerar att meddela ett avgörande som strider mot kommissionens beslut.

31. (ii) Vad händer emellertid om — vilket även är mest troligt — den nationella domstolen, mot bakgrund av eventuella tillämpliga nationella processrättsliga regler, med utgångspunkt i omständigheterna såsom de har utvecklats fram till tidpunkten för dess dom, har att pröva riktigheten i det permanenta förbudet till förmån för HB? I så fall skulle Supreme Court kunna upphäva High Courts permanenta förbud och ha att avgöra målet i sak, och därvid pröva huruvida HB:s klausuler, vid tidpunkten för denna förnyade bedömning, är förenliga med gemenskapsrätten. Vad skulle vidare inträffa om den nationella domstolen, kanske mot bakgrund av svaren på den andra och den tredje tolkningsfrågan som hänskjutits till domstolen, fastställer det permanenta förbud som meddelades i första instans?

32. I det senare fallet anser jag inte att det är möjligt för Supreme Court att bortse från kommissionens beslut 98/531, vars innebörd måste respekteras. Supreme Court kan *a fortiori* inte avkunna slutlig dom genom att fastställa avgörandet från första instans eller åtminstone kräva att frysdiskavtalet i fråga respekteras, eftersom ett sådant förfarande skulle innebära att Supreme Court direkt ifrågasatte giltigheten av kommissionens beslut och att den berörda medlemsstaten åsidosatte sina skyldigheter enligt artikel 10 EG.[23] Det är därför uppenbart att den nationella domstolen inte har möjlighet att avgöra den där anhängiga tvisten utan att veta om beslut 98/531 är giltigt, en fråga som den domstolen inte är behörig att själv avgöra. Den kan givetvis invänta förstainstansrättens dom i den talan som väckts mot beslut 98/531. Om den emellertid inte vill invänta utgången i talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten,[24] har den inget annat val än att ställa frågan om giltigheten av kommissionens beslut 98/531 genom en begäran om förhandsavgörande till domstolen,[25] *förutsatt att detta i förevarande*

23 — Dessutom är Supreme Court givetvis ännu inte tvungen att iaktta kommissionens beslut eftersom uppskov med dess verkställighet har meddelats. Om den irländska domstolen emellertid tillämpade beslutet, skulle denna tillämpning vara felaktig eftersom det skulle innebära ett bortseende från förstainstansrättens beslut om uppskov med verkställigheten av beslut 98/531 (ovan nämnt i punkt 12), i strid med gemenskapens gällande förfaranderegler.

24 — Jag antar att Supreme Court inte avser att invänta förstainstansrättens dom om den inte är tvingad till det. Annars skulle den inte ha ställt dessa tolkningsfrågor till domstolen, och förstainstansrätten skulle inte ha föranletts att vilandeförklara det där anhängiggjorda målet.

25 — Se exempelvis dom av den 22 oktober 1987 i mål 314/85, Fotofrost (REG 1987, s. 4199; svensk specialutgåva, volym 9, s. 233), av den 9 november 1995 i mål C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl. (REG 1995, s. I-3761), av den 15 april 1997 i mål C-27/95, Bakers of Nailsea (REG 1997, s. I-1847), och av den 17 juli 1997 i mål C-334/95, Krüger (REG 1997, s. I-4517).

fall är möjligt. [26]

33. Således uppstår följande fråga om avgörandet i tvisten vid den nationella domstolen förutsätter en bedömning av giltigheten av kommissionens beslut 98/531. Kan den nationella domstolen om den önskar [27] hänskjuta frågan till domstolen genom ett förfarande enligt artikel 234 EG (tidigare artikel 177 i EG-fördraget)?

B — *Är det möjligt att i detta fall granska giltigheten av beslut 98/531 genom en begäran om förhandsavgörande?*

34. Genom nedanstående analys kommer jag att försöka besvara de två delarna av

26 — I det avseendet är det viktigt att peka på ytterligare ett särdrag i förevarande mål som kan påverka omständigheterna avseende den aktualiserade rättsfrågan: förstainstansrätten har beslutat om uppskov med verkställigheten av det berörda kommissionsbeslutet. Ger den utvecklingen, så till vida att uppskovet med verkställigheten förhindrar den berörda rättsakten från att medföra sina verkningar, *ipso facto*, den nationella domstolen en möjlighet att avgöra det där anhängiggjorda målet utan att ta upp frågan om det berörda kommissionsbeslutets giltighet? Jag föreslår att ovanstående fråga besvaras nekande.
För det första är det väsentligt att skilja mellan frågan om giltigheten och tillämpligheten av ett individuellt gemenskapsbeslut som antagits av kommissionen och frågan om dess verkställighet, eller de rättsverkningar som det i praktiken medför. Uppskovet med verkställigheten har ingen inverkan på det berörda beslutets giltighet, och vållar heller inga tvivel om dess laglighet. Uppskovet beviljas för att interimistiskt reglera vissa situationer så att det inte skall uppstå svårigheter att återställa dem om beslutet sedermera ogiltigförklaras. Beslutet förblir dock en del av rättsordningen, och utgör ett uttryck för gemenskapens behöriga förvaltningsorgans vilja avseende tillämpningen av vissa rättsregler som styr specifika situationer.
Således kräver rättssäkerhetsprincipen, och även principen om gemenskapsrättens företräde, inte att beslutet tillämpas, men dock att det skall respekteras av nationella domstolar. De senare måste avstå från varje åtgärd som äventyrar det rättsläge som beskrivs i den särskilda administrativa rättsakten, även om dess verkställighet är uppskjuten. Ett slutligt beslut från Supreme Court som definitivt fastställer att förbudet från High Court skall fortsätta att gälla i framtiden skulle anses utgöra en sådan åtgärd.
Ovanstående lösning kan förefalla märklig. Det skulle förvisso kunna hävdas att det strider mot den grundläggande logiken i att uppskjuta en verkställighet, så till vida att kommissionens beslut i viss mån tillåts behålla sin bindande karaktär samtidigt som dess verkställighet i själva verket har uppskjutits. Sådana dogmatiska invändningar bortser dock från den prövade frågans särdrag, som inte aktualiseras inom en enskild rättsordning (den nationella eller den gemenskapsrättsliga), utan hänger samman med relationen mellan dessa två rättsordningar och som inte kan hanteras enbart med utgångspunkt i vad som normalt godtas enligt nationell rätt.
Ytterligare ett argument för det resonemang som jag har redovisat tillhandahålls i domen i målet Delimitis. I den domen anmodar domstolen de nationella domstolarna att avstå från beslut som står i strid med ett kommissionsbeslut i samma fråga, även vid en punkt då kommissionen ännu inte har fattat ett beslut, med andra ord när den ännu inte har antagit en administrativ rättsakt. Det innebär att redan den omständigheten att kommissionen sannolikt kommer att fatta ett beslut i en fråga i viss mån, av hänsyn till rättssäkerheten och gemenskapsrättens företräde, begränsar den nationella domstolens självständighet i ett där anhängiggjort mål. När kommissionen inte bara har granskat ett visst ärende utan även antagit ett beslut i detta, måste den nationella domstolen därför *a fortiori* undvika att meddela ett motstridigt avgörande, även när verkställigheten av den berörda rättsakten från kommissionen har skjutits upp.

27 — En läsning av den andra och den tredje tolkningsfrågan, som hänskjutits till domstolen, vilka avser föremålet för tvisten, ger mig inget stöd för slutsatsen att den nationella domstolen faktiskt tar upp frågan angående det berörda kommissionsbeslutets giltighet. Eftersom frågan är grundläggande för en korrekt lösning av tvisten vid den nationella domstolen och eftersom den nationella domstolens inställning är avgörande i det avseendet, skulle det kunna hävdas att den lämpligaste lösningen vore att fråga domstolen om den avser att ifrågasätta giltigheten av kommissionens beslut 98/531.
Domstolen förefaller dock att följa en annan linje i sitt resonemang i den nyligen avkunnade domen av den 7 september 1999 i mål C-61/98, De Haan (REG 1999, s. I-5003). Trots att den nationella domstolen inte tog upp frågan om kommissionsbeslutets giltighet, som var avgörande för det målet, fann domstolen att det var nödvändigt att pröva frågan för "att tillhandahålla den domstolen ett svar som är användbart vid lösningen av tvisten" (punkt 47). Domstolen slog även fast att "bedömning av kommissionens beslut [är]... för övrigt processekonomiskt motiverad, eftersom domstolen dessutom direkt har att avgöra frågan huruvida detta beslut är giltigt i målet Nederländerna mot kommissionen (mål C-157/98), där förfarandet har förklarats vilande i avvaktan på domen i detta mål" (punkt 49). I det hänseendet företer målet De Haan likheter med förevarande mål, så till vida att kommissionens beslut 98/531 redan har ifrågasatts vid förstainstansrätten, som har vilandeförklarat förfarandet i avvaktan på att domstolen skall avkunna dom.
Vissa skillnader mellan de två målen bör dock noteras. I målet De Haan var den nationella domstolen inte medveten om kommissionsbeslutet då den meddelade sitt beslut om hänskjutande (punkt 47). I samma mål hade dessutom beslutet "blivit föremål för såväl skriftliga som muntliga yttranden" från parterna (punkt 49). I detta mål däremot är Supreme Court inte omedveten om kommissionens beslut, vilket klart framgår av den första tolkningsfrågans formulering. Parterna anmodades inte heller direkt att yttra sig om kommissionsbeslutets giltighet.
Även om ovanstående problem kan lämnas därhän anser jag att granskningen av kommissionsbeslutets giltighet möter ett annat, väsentligare, hinder, vilket jag omedelbart kommer att förklara.

den första tolkningsfråga som hänskjutits till domstolen för det fall en bedömning av giltigheten av kommissionens beslut 98/531 är en förutsättning för att avgöra tvisten vid den nationella domstolen.

a) Inledande anmärkningar

35. Jag vill inleda min analys med följande två anmärkningar.

36. Först bör det framhållas att om den nationella domstolen själv skulle besluta att vilandeförklara förfarandet tills den behöriga gemenskapsdomstolen slutligt prövat den berörda kommissionsrättsaktens laglighet, skulle detta beslut vara det lämpligaste sättet att, för den domstolens del, undanröja risken för att fatta ett beslut i strid med kommissionens. Varken av domen i målet Delimitis eller någon annan regel i gemenskapsrätten kan dock den *entydiga* slutsatsen dras att den nationella domstolen är skyldig att avvakta utgången av en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG innan den meddelar slutlig dom i ett där anhängiggjort mål. Tvärtom anger domstolen i domen i målet Delimitis en möjlighet, inte en skyldighet, för den nationella domstolen att vilandeförklara den nationella tvisten för att förhindra motstridiga beslut.

37. Förevarande mål skiljer sig avsevärt från målet Delimitis. [28] Av den domen kan ändå slutsatsen dras att en nationell domstol som, genom att inleda ett förfarande enligt artikel 234 EG, riskerar att fälla ett avgörande i strid med kommissionens uppfattning dels tillgodoser det nationella förfarandets behov, dels skyddar gemenskapens rättsordning och rättssäkerheten. [29] Däremot skulle en lösning, som innebär att det för att utesluta ett förfarande enligt artikel 234 EG, skulle vara tillräckligt att talan väckts mot ett kommissionsbeslut enligt artikel 230 EG, och att det för att avvärja risken för motstridiga beslut krävdes att den nationella domstolen vilandeförklarade målet i avvaktan på utgången av en talan om ogiltigförklaring, förefalla problematisk. Vid första anblicken tycks den lösningen medföra att den nationella domstolen blir alltför bunden, och det är inte uppenbart att den motsvarar den rådande befogenhetsuppdelningen mellan nationella organ och gemenskapsorgan, eller att den överensstämmer med den allmänt godtagna uppfattningen om förhållandet mellan den nationella rättsordningen och gemenskapens rättsordning. [30]

38. För det andra skall det noteras att domstolen även vid andra tillfällen inom ramen för en begäran om förhandsavgörande har ställts inför frågan om giltigheten av en rättsakt från gemenskapen, där den rättsakten redan har ifrågasatts genom en

28 — Se ovan fotnot 3 samt punkt 22 och följande punkter.

29 — Detta förefaller antydas av kommissionen både i punkterna 22 och 32 i dess ovan i fotnot 6 nämnda meddelande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen.

30 — Under alla omständigheter är, enligt min uppfattning, inte den princip om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen som kommer till uttryck i artikel 5 i fördraget tillräcklig för att ålägga den nationella domstolen en allmän skyldighet att vilandeförklara tvisten vid denna enbart därför att en talan mot ett kommissionsbeslut är anhängig vid förstainstansrätten.

talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG. I de fallen har domstolen inte ansett att det är omöjligt att ställa dessa frågor på grund av att ogiltighetsförfarandet dessförinnan har utnyttjats, och inte heller har den anmodat de nationella domstolarna att invänta utgången av förfarandet enligt artikel 230 EG. [31] Tvärtom hanterar gemenskapsdomstolarna förekomsten av två parallella förfaranden avseende exakt samma föremål genom att det ena förfarandet vilandeförklaras tills det andra har avgjorts. [32]

39. Om vi inskränker oss till ovanstående allmänna principer leder det till formuleringen av en vägledande princip som innebär att den nationella domstolen inte ens när den ställs inför risken för konflikt med ett redan antaget kommissionsbeslut, vars giltighet har ifrågasatts med stöd av artikel 230 EG, är skyldig att invänta utgången i talan om ogiltigförklaring, även om det är avgörande att den, innan dom i tvisten vid den nationella domstolen meddelas, vet om kommissionsbeslutet i fråga är giltigt eller ej. Den frågan kan lösas genom en begäran om förhandsavgörande till domstolen.

31 — Enligt fast rättspraxis har domstolen överlåtit åt de nationella domstolarna att bedöma behovet av en begäran om förhandsavgörande avseende en fråga som berör giltigheten av en administrativ gemenskapsrättsakt. Den nationella domstolen är behörig att avgöra om det är möjligt att invänta utgången av en talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten eller domstolen eller om den finner det nödvändigt att använda de rättsmedel som erbjuds genom artikel 177 i fördraget. I det senare fallet besvarar domstolen som regel den hänskjutna tolkningsfrågan genom ett avgörande om den berörda gemenskapsrättsaktens laglighet.

32 — Se artikel 47 tredje stycket i EG-stadgan för domstolen. Det är inte uteslutet att förfarandet enligt artikel 177 ges företräde framför förfarandet enligt artikel 173. Den lösningen kommer också att väljas när talan har väckts vid förstainstansrätten. Se exempelvis domen av den 17 juli 1997 i mål C-183/95, Affish (REG 1997, s. I-4315), och förstainstansrättens beslut i mål T-136/98.

40. Nedan skall jag dock försöka visa att ovanstående vägledande princip inte är omöjlig att ifrågasätta. Starka argument kan anföras för en motsatt lösning, åtminstone i förevarande mål, det vill säga för att det i förevarande fall skulle vara uteslutet att använda förfarandet enligt artikel 234 EG och förklara att den nationella domstolen är skyldig att vilandeförklara förfarandet vid denna till dess att förstainstansrätten har avgjort talan om ogiltigförklaring.

b) Omständigheten att parterna är desamma i tvisten vid den nationella domstolen utgör hinder för en begäran om förhandsavgörande angående giltigheten av beslut 98/531

41. Den nationella domstolens möjlighet att använda förfarandet för förhandsavgörande är inte obegränsad. Hittills har domstolen slagit fast att det inte är möjligt att ifrågasätta en gemenskapsrättsakts giltighet genom ett förfarande enligt artikel 234 EG när en av parterna i tvisten vid den nationella domstolen tillhör följande kategori. Han är dels den mottagare av den berörda gemenskapsrättsakten som tveklöst skulle ha rätt att ifrågasätta dess giltighet med stöd av artikel 173 i EG-fördraget, men han har förlorat den processuella rätten genom att låta den i artikelns sista stycke föreskrivna tidsfristen löpa ut, dels är han part i den nationella tvisten och kommer att gynnas av att den berörda rättsaktens giltighet ifrågasätts genom en begäran om förhandsavgörande.

42. Denna fasta rättspraxis [33] syftar till att skydda en korrekt efterlevnad av gemenskapens förfaranderegler och, i förlängningen, rättssäkerheten. Att godta den omvända lösningen skulle närmare bestämt vara detsamma som att ge en part som tillhör ovanstående kategori möjlighet "att kringgå det förhållandet att ett beslut enligt rättssäkerhetsprincipen skall vara slutgiltigt efter det att den frist för att väcka talan som föreskrivs i artikel 173 har löpt ut". [34]

43. Omständigheterna i det mål som är under prövning skiljer sig från dem som domstolen hade att beakta i ovannämnda rättsfall. HB är den part i tvisten vid den nationella domstolen som har ett intresse av att giltigheten av kommissionens beslut 98/531 ifrågasätts genom en begäran om förhandsavgörande från Supreme Court. Dessutom har samma bolag, som är det berörda kommissionsbeslutets mottagare, redan väckt talan om ogiltigförklaring av detta vid förstainstansrätten. Det bör även påpekas att HB:s motpart i tvisten vid den nationella domstolen, Masterfoods, inkom med det klagomål som låg till grund för det berörda kommissionsbeslutets antagande samt intervenerade till stöd för det beslutets giltighet vid förstainstansrätten.

44. Ett så särpräglat mål förefaller inte ha handlagts direkt av domstolen. Vid första påseendet ger dock inte ett erkännande av möjligheten att begära ett förhandsavgörande i detta fall upphov till samma risk för ett åsidosättande av den bindande karaktären hos vare sig gemenskapsrättsakten eller gemenskapens förfaranderegler, en risk som var uppenbar i ovannämnda rättspraxis. Redan det faktum att det berörda kommissionsbeslutet redan har ifrågasatts vid förstainstansrätten är tillräckligt för att garantera att rättsläget inte har avgjorts slutligt, och dess mottagare har inte förlorat varje möjlighet att ifrågasätta beslutets laglighet. [35]

33 — Se generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande inför domen av den 13 april 1994 i mål C-128/92, Banks (REG 1994, s. I-1209) och dom av den 9 mars 1994 i mål C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf (REG 1994, s. I-833; svensk specialutgåva, volym 15, s. 59), av den 30 januari 1997 i mål C-178/95, Wiljo (REG 1997, s. I-585), och av den 11 november 1997 i mål C-408/95, Eurotunnel m.fl. (REG 1997, s. I-6315).

34 — Domen i det ovan i fotnot 33 nämnda målet Wiljo, punkt 21. I den domen betonade domstolen behovet av att undvika risken för rättegångsmissbruk och en förvanskning av gemenskapens förfaranderegler, även om den nationella domstolens möjlighet att besluta vilka frågor den skall hänskjuta till domstolen för förhandsavgörande därmed begränsas. Med andra ord föreligger, i det särskilda fallet, en avvikelse från den självständiga karaktären hos förfarandet för förhandsavgörande.

35 — Domen av den 21 maj 1987 i de förenade målen 133/85 och 136/85, Rau m.fl. (REG 1987, s. 2289), tycks också stödja erkännandet av en möjlighet att ifrågasätta lagligheten hos det aktuella kommissionsbeslutet inom ramen för ett nationellt förfarande och, i förlängningen, möjligheten att begära ett förhandsavgörande. Av den domen tycks följa att en person som inom den tidsfrist som föreskrivs i artikel 173 i fördraget kan väcka talan mot en gemenskapsrättsakt, kan ifrågasätta den rättsaktens laglighet inom ramen för den nationella rättsordningen. Jag är tveksam om den lösning som nåddes i domen i målet Rau m.fl. fortfarande är giltig efter domen i målet TWD Textilwerke Deggendorf (ovan fotnot 33) och även efter det att förstainstansrätten inrättats. Bortsett från det var dock inte omständigheterna i målet Rau identiska med dem i förevarande mål. En skillnad i behandling har fastställts avseende en person som är part i ett nationellt förfarande och teoretiskt sett har rätt att väcka talan mot ett gemenskapsbeslut vid förstainstansrätten och avseende en part i det nationella förfarandet som redan har väckt en talan eller som redan har intervenerat i en talan om ogiltigförklaring inom ramen för artikel 173 i fördraget. Som jag kommer att förklara nedan utgör det samtidiga deltagandet i två mål en situation *sui generis* som skall behandlas på ett särskilt sätt.

45. Jag anser dock att det i detta särskilda fall är lämpligare att godta att det inte är möjligt att indirekt ifrågasätta gemenskapsrättsaktens giltighet genom en begäran om förhandsavgörande. Det strider enligt min uppfattning mot principen om god rättskipning att granska giltigheten av en gemenskapsrättsakt i två parallella förfaranden för att till sist skydda intressena hos parter som deltar i båda målen. [36]

46. Denna ståndpunkt grundas främst på konstaterandet att fall där exakt samma rättsfråga tas upp av samma parter i två parallella, från varandra helt fristående, rättsliga förfaranden, givetvis beror på en anomali i processystemet. Dessa anomalier är oönskade, inte bara därför att de försvårar domstolens arbete, utan även för att de ökar risken för att mostridiga avgöranden meddelas eller åtminstone för en snedvridning av förfaranderegleras och ett missbruk av rättsmedlen. [37]

47. I förevarande mål är parterna i den nationella tvisten vid Supreme Court redan parter i en talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten. Särskilt HB, som skulle riskera att lida orättvis skada om den berörda rättsakten från kommissionen — om den skulle visa sig vara rättsstridig — tillämpades i tvisten vid den nationella domstolen, skyddas effektivt mot den risken. För det första har företaget genom att väcka talan vid förstainstansrätten utnyttjat de processuella rättigheter som står till buds enligt artikel 230 EG. För det andra har verkställigheten av den berörda rättsakten från kommissionen uppskjutits var-

36 — Den särskilda lösning som jag föreslår mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall utesluter inte helt att en nationell domstol kan ha möjlighet att ifrågasätta ett gemenskapsbeslut lagenlighet genom en begäran om förhandsavgörande, trots att samma beslut redan har ifrågasatts inom ramen för ett förfarande enligt artikel 173 i fördraget. Särskilt när parterna i tvisten vid den nationella domstolen är personer som inte har (eller kanske inte har) rätt att direkt väcka talan mot den gemenskapsrättsakt som är föremål för förstainstansrättens prövning — vilket är det vanligaste fallet — skulle det kanske vara orättvist om dessa personer, för sitt rättsliga skydd, var beroende av utvecklingen i den ogiltighetstalan som redan var anhängiggjord, och vars utgång de inte kunde påverka. Om exempelvis en sökande enligt artikel 173 i fördraget inte anför lämpliga grunder för en ogiltigförklaring eller drar tillbaka sin talan, finns det en möjlighet att den ifrågasatta rättsakten, även om den är rättsstridig, inte kommer att ogiltigförklaras av gemenskapsdomstolarna. Den utvecklingen kan skada tredje man som även påverkas av ofördelaktiga följder av gemenskapsrättsakten som påverkar dem negativt, utan att de kan motsätta sig dess tillämpning. Om följaktligen en begäran om förhandsavgörande avseende den berörda rättsaktens laglighet är förbjuden, så kommer parterna i tvisten vid den nationella domstolen, som inte kan väcka talan mot den rättsakten vid förstainstansrätten, varken att ha möjlighet att försvara sig på ett lämpligt sätt mot den rättsstridiga rättsakten, vilket de skulle ha kunnat om de övertygat den nationella domstolen om att inleda ett förfarande om förhandsavgörande och därpå lagt fram synpunkter inför domstolen.
Även den lösning som består i ett svar på en tolkningsfråga inom ramen för en begäran om förhandsavgörande avseende giltigheten hos en gemenskapsrättsakt som redan är föremål för en talan om ogiltigförklaring, särskilt i fall där parterna i tvisten vid den nationella domstolen inte har rätt att utnyttja förfarandet enligt artikel 173 i fördraget, stöter dock på allvarliga svårigheter, vilket jag återkommer till i nedanstående punkter i min bedömning (se nedan punkt 49 och följande punkter).

37 — Av detta skäl eftersträvar alla rättssystem att genom reglerna om litispendens och behörighet undvika bland annat sådana fall, inte bara genom att kräva att varje mål prövas av en viss rättsskipande myndighet, utan även genom att utesluta möjligheten att väcka ytterligare en talan om en fråga som redan är anhängig vid en domstol.

för det inte är aktuellt att den direkt skall tillämpas av den irländska domstolen. [38]

48. Om HB och Masterfoods dessutom ansågs ha möjlighet att få giltigheten av kommissionens beslut 98/531 prövad genom en begäran om förhandsavgörande från Supreme Court till domstolen, skulle det enligt min uppfattning skapa en risk för rättegångsmissbruk. Både sökanden och intervenienten vid förstainstansrätten skulle få möjlighet att överföra prövningen av det berörda kommissionsbeslutets giltighet till domstolen, och därigenom kringgå ogiltighetsförfarandet. Jag anser inte att en sådan utveckling, som indirekt skulle eller skulle kunna ge vissa parter möjlighet att välja i vilket gemenskapsförfarande det skulle avgöras om ett beslut från ett gemenskapsorgan var lagenligt, [39] är processuellt försvarbar. Det uppfyller inte kraven på god rättsskipning. Mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i förevarande mål anser jag därför att möjligheten att ifrågasätta giltigheten av kommissionens beslut 98/531 genom en begäran om förhandsavgörande från Supreme Court bör uteslutas. [40]

38 — Den andra anmärkningen är särskilt viktig. Om förstainstansrätten inte hade meddelat uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut, skulle en begäran om förhandsavgörande från den nationella domstolen kunnat ha ytterligare en praktisk betydelse förutom att ånyo aktualisera frågan om det berörda beslutets giltighet. Den nationella domstolen skulle ha fått möjlighet att själv meddela uppskov med gemenskapsrättsaktens verkställighet i enlighet med vad som slogs fast i domen i målet Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., (ovan fotnot 25).

39 — Risken föreligger att en av parterna i en talan om ogiltigförklaring när den hörs vid förstainstansrätten kan tro att dess intressen skulle vara mer betjänta av att den utverkade en begäran om förhandsavgörande avseende den redan ifrågasatta åtgärdens laglighet, så att en prövning av lagligheten enligt artikel 177 i fördraget gavs företräde framför en fullständig materiell prövning enligt artikel 173 i fördraget. I det fallet skulle dock den partens agerande vara förhalande och utgöra ett missbruk, och leda till snedvridning av gemenskapens förfaranderegler. Jag vill givetvis inte antyda att detta skulle vara fallet här; det finns dock, åtminstone teoretiskt, en risk för rättegångsmissbruk.

40 — Mot ovanstående resonemang skulle kunna invändas att den föreslagna lösningen medför en fördröjning av det nationella förfarandet, som är fristående från gemenskapsförfarandet om ogiltigförklaring, och att den inkräktar på den nationella domstolens behörighet att fastställa när ett förhandsavgörande är viktigt för att avgöra en tvist som är anhängig vid denna.
Att utesluta möjligheten att begära ett förhandsavgörande i detta fall är i själva verket detsamma som att ålägga den nationella domstolen att invänta utgången av förfarandet vid förstainstansrätten innan den meddelar sin dom. Det är inte ofta som domstolen uttalar sig i fråga om behovet och värdet av en begäran om förhandsavgörande, eftersom det faller inom ramen för den nationella domstolens behörighet att handlägga mål som är anhängiga där. Av rättspraxis om möjligheten att ta upp en begäran om förhandsavgörande till prövning följer dock att denna behörighet inte är absolut utan begränsas av domstolen under vissa exceptionella omständigheter. Dessutom bedöms inte den nationella domstolens behov av bistånd avseende en gemenskapsrättslig fråga lösryckt ur sitt sammanhang, utan mot bakgrund av omständigheterna i den specifika tvisten. Om således, såsom i förevarande fall, den slutsats som med utgångspunkt i dessa omständigheter med säkerhet kan dras blir att ett svar på frågan om giltigheten av kommissionens beslut 98/531 inte är avgörande, och kanske i själva verket processuellt "riskabelt", just därför att parterna i tvisten vid den nationella domstolen för adekvat rättsligt skydd kan och bör vända sig till förstainstansrätten, till vilken en ansökan redan har getts in, kan det inte godtas att den nationella domstolen ändå har rätt att genom en begäran om förhandsavgörande ställa den berörda tolkningsfrågan till domstolen.
Beträffande den eventuella försening som föranleds av att möjligheten att begära ett förhandsavgörande utesluts samt av skyldigheten att invänta utgången i talan om ogiltigförklaring, skall det erinras om följande. Den förseningen utgör inte en vägran från den nationella domstolens sida att döma, utan en tillfällig vilandeförklaring av det nationella förfarandet. Dylika vilandeförklaringar är givetvis inte bra för en god rättsskipning. De kan dock vara nödvändiga, särskilt när de beror på förhållandet mellan två rättsordningar (den gemenskapsrättsliga och den nationella) och mellan den nationella domstolen och gemenskapens domstolar. Domstolen tog dessutom ställning till möjligheten av sådana vilandeförklaringar i domen i det ovannämnda målet Delimitis, när den anmodade den nationella domstolen att undersöka om det fanns behov av att vilandeförklara det nationella rättsliga förfarandet och att tillfälligt reglera de rättsliga förhållandena mellan parterna i tvisten vid den nationella domstolen medan granskningen inom ramen för gemenskapens administrativa förfarande pågick. Samma synpunkt gäller *a fortiori* när målens parallella utveckling ställer den nationella domstolen mot den behöriga rättsskipande myndigheten inom gemenskapens rättsordning, det vill säga förstainstansrätten, snarare än den administrativa myndigheten, med andra ord kommissionen. Slutligen är den förorsakade fördröjningen inte så betydande. Även om möjligheten att begära ett förhandsavgörande i ett mål som detta godtogs, skulle den nationella domstolen ändå skjuta upp sitt avgörande i tvisten vid den nationella domstolen till dess domstolen hade meddelat det begärda förhandsavgörandet. Ett sådant avgörande erhålls givetvis vanligen snabbare än en dom i ett förfarande enligt artikel 173 i fördraget. Jag upprepar dock att den tid som kan vinnas genom att kringgå förfarandet enligt artikel 173 i fördraget inte motiverar att den lösningen väljs.

c) De allmänna problemen i samband med granskningen av giltigheten hos gemenskapsbeslut, som det i förevarande mål, genom ett förfarande enligt artikel 234 EG

49. Jag anser att det är nödvändigt att redovisa ytterligare några synpunkter för att förklara varför, enligt min uppfattning, en granskning av giltigheten av sådana beslut som det berörda inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 är problematisk, när en talan mot samma rättsakt har väckts.

50. Jag inleder mitt resonemang med följande fråga. Är det möjligt att domstolen, vid en granskning av ett kommissionsbeslut inom ramen för den prövning som den kan utföra enligt artikel 234 EG, finner att ett kommissionsbeslut är lagenligt och att förstainstansrätten ogiltigförklarar samma beslut då den, inom ramen för den fullständiga granskning i sak som den domstolen utför, exempelvis konstaterat en felaktighet avseende fastställandet av de faktiska omständigheterna? I den situationen, det vill säga om förstainstansrätten konstaterar en felaktighet i beslutet som faller utanför domstolens granskningsområde, kommer ogiltigförklaringen att vara helt korrekt, men stå i direkt motsättning till domstolens svar på de tolkningsfrågor som hänskjutits för förhandsavgörande. Om det föreligger en sådan möjlighet bör blotta risken för en uppkomst av nämnda oönskade situation med motstridiga rättsliga gemenskapsbeslut att avhålla domstolen från att granska ett kommissionsbeslut giltighet genom att besvara de frågor som hänskjutits för förhandsavgörande.

51. Detta är enligt min uppfattning en konkret risk. Den skulle kunna undvikas endast om domstolen, om den beslutade att fullfölja granskningen av kommissionsbeslutets giltighet inom ramen för sitt svar på den fråga som hänskjutits för förhandsavgörande, hade möjlighet att göra detta genom att utföra samma legalitetsgranskning som förstainstansrätten utför enligt artikel 230 EG. Jag anser inte att det är möjligt.

52. Jag vill först peka på skillnaden mellan förfarandet enligt artikel 234 EG och enligt artikel 230 EG. Domstolens prövning i det förra fallet är en ren legalitetsprövning. Den är begränsad till tolkningen och bedömningen av legaliteten hos lagstiftnings- och individuella rättsakter från gemenskapens institutioner.[41] Däremot kan förfarandet enligt artikel 230 EG föranleda gemenskapsdomstolen att pröva sakfrågor som konstaterande och bedömning av faktiska omständigheter.[42]

41 — Ur den synvinkeln påminner det om överklagandefunktionen som också ankommer på domstolen.

42 — Det bör noteras att parternas processuella ställning i en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 173 i fördraget klart skiljer sig från vad som är fallet för parter som avger yttranden i samband med ett förfarande enligt artikel 177 i fördraget. De yrkanden, påståenden och argument som framförs i en talan om ogiltigförklaring påverkar dess utgång, medan däremot yttranden som avges inom ramen för ett förfarande enligt artikel 177 i fördraget uppenbart har mindre processuell betydelse.
Till ovanstående skulle jag vilja foga följande anmärkning: domstolen har vid prövningen av ett mål enligt artikel 173 i fördraget ett bedömningsutrymme avseende den bevisning som den begär in för prövning för att fastställa de faktiska omständigheterna i målet. Däremot är domstolen när den besvarar en tolkningsfråga som hänskjutits för förhandsavgörande i princip bunden av de omständigheter som beskrivs i beslutet om hänskjutande. Det är inte nödvändigtvis dessa omständigheter som vållar tvivel avseende gemenskapsrättsaktens giltighet.

53. Skillnaderna mellan de två förfarandena har inte så stor praktisk betydelse när domstolsprövningens föremål är giltigheten av en lagstiftande rättsakt från gemenskapen, exempelvis en förordning eller ett direktiv. Legalitetsbedömningen av sådana rättsakter är i princip begränsad till en rent rättslig granskning och det är inte nödvändigt att pröva sakfrågor. I fråga om individuella administrativa rättsakter som den i förevarande mål är det däremot, för att ett effektivt rättsskydd skall kunna erbjudas, väsentligt att genomföra en fullständig prövning i sak.

54. Dessutom har det kommissionsbeslut som domstolen har att pröva i detta mål ett annat särdrag. Det avser tillämpningen av bestämmelserna i artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget i ett visst fall. Prövningen förutsätter med andra ord komplicerade tekniska och ekonomiska bedömningar som, om de ska bli korrekta, kräver en fullständig materiell prövning utförd av en specialiserad rättslig myndighet. Bland annat i syfte att tillgodose detta behov inrättades förstainstansrätten genom gemenskapslagstiftningen om konstitutionella frågor. Genom dess systematiska prövning av mål om ogiltigförklaring av kommissionsbeslut som liknar det här berörda beslutet, har den domstolen med framgång fördjupat och förstärkt domstolsprövningen av dessa beslut och därmed bidragit till att förbättra gemenskapssystemet för tillhandahållande av rättsskydd. [43]

55. Sammanfattningsvis anser jag att domstolsprövningen, både vid domstolen och vid förstainstansrätten, i en talan om ogiltigförklaring av individuella administrativa rättsakter såsom det här berörda beslutet, är mer effektiv än den som åstadkoms genom ett svar på en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG. [44] Det skulle inte heller vara lämpligt att omvandla karaktären på förfarandet enligt artikel 234 EG så att det kom att utgöra en

43 — Som domstolen betonade i sin nyligen avkunnade dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417) "...[hade] inrättandet av förstainstansrätten i anslutning till domstolen och införandet av en domstol i två instanser dels... till syfte att förbättra enskildas rättsskydd, i synnerhet beträffande sådan talan som förutsätter en ingående undersökning av komplicerade faktiska omständigheter, dels... som målsättning att bibehålla domstolsprövningens kvalitet och effektivitet inom gemenskapernas rättsordning...".

44 — Min avsikt är inte att genom denna anmärkning förringa betydelsen av förfarandet för förhandsavgörande. Som generaladvokat Jacobs förklarade i sitt förslag till avgörande i målet Extramet Industrie mot rådet (dom av den 16 maj 1991 i mål C-358/89, REG 1991, s. I-2501), finns det kategorier av rättsliga tvister som det, på grund av deras karaktär och speciella särdrag, är lämpligare att underställa domstolsprövning genom en talan om ogiltigförklaring — i fall där det är processuellt möjligt — snarare än att anhängiggöra målet vid domstolen genom ett förfarande enligt artikel 177 (generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 21 mars 1991: "[E]n begäran om förhandsavgörande från en nationell domstol avseende giltigheten av en förordning ger inte alltid domstolen full möjlighet att pröva frågan som en direkt talan mot den antagande institutionen..." (punkt 73). Om inte annat är det varken logiskt eller rättsligt konsekvent att i dessa särskilda fall vidhålla att förfarandet enligt artikel 177 i fördraget kan ersätta förfarandet enligt artikel 173 i fördraget.

exakt motsvarighet till det enligt artikel 230 EG.[45]

C — *Slutsatser*

56. Av ovanstående bedömning kan följande slutsatser dras.

57. Den nationella domstolen är inte tvungen att vilandeförklara förfarandet och invänta utgången i talan om ogiltigförklaring på grund av att en talan redan har väckts mot kommissionens beslut 98/531 vid förstainstansrätten. En sådan skyldighet föreligger dock om lösningen på tvisten vid den nationella domstolen förutsätter att den nationella domstolen har kunskap om huruvida det berörda beslutet är giltigt eller ej, i den mån den frågan av de skäl som angivits ovan inte kan väckas vid domstolen genom ett förfarande enligt artikel 234 EG. Under alla omständigheter bör den nationella domstolen eller den domstol till vilken målet kan komma att hänskjutas för avgörande i sak undvika att avkunna en dom som skulle stå i strid med beslut 98/531/EG, om inte det senare ogiltigförklaras av gemenskapsdomstolen.[46]

58. Sedan detta konstaterats uppkommer frågan om hur den andra och den tredje tolkningsfrågan som ställts till domstolen skall behandlas. Jag anser inte att det är sannolikt att Supreme Court kommer att

45 — I det hypotetiska fall att domstolen skulle fungera som en kassationsdomstol inom ramen för en begäran om förhandsavgörande, skulle det innebära ett ifrågasättande av förstainstansrättens själva existens. Särskilt om en part kunde vända sig direkt till domstolen enligt artikel 177 i fördraget och erhålla en lika omfattande domstolsprövning som den som garanteras vid förstainstansrätten, är det uppenbart att den parten skulle föredra att kringgå förfarandet enligt artikel 173 i fördraget, och därigenom undgå risken för att beslutet om ogiltigförklaring överklagades.
Jag kommer inte att uppehålla mig längre vid de härovan framförda argumenten, av vilka det dock tycks följa att domstolen mycket väl kan göra en allmän granskning av om ett svar på en tolkningsfråga som hänskjutits för förhandsavgörande, som aktualiserar frågan om giltigheten av ett kommissionsbeslut om tillämpningen av artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget i ett visst fall, skulle vara av värde, när samma beslut giltighet har ifrågasatts vid förstainstansrätten. Som jag förklarade i ovanstående avsnitt av min bedömning är det, trots de eventuella bristerna i den domstolsprövning som utövas inom ramen för ett svar på en tolkningsfråga som hänskjutits för förhandsavgörande, sannolikt att en prövning av giltigheten hos en administrativ rättsakt från gemenskapen genom det förfarandet utgör den enda möjligheten till rättsskydd för personer som inte enligt artikel 173 i fördraget har rätt att väcka direkt talan mot rättsakten vid förstainstansrätten.
Jag anser dock inte att det i förevarande mål är nödvändigt att besvara denna intrikata fråga. De speciella särdragen i detta mål, som fokuseras på de enskilda parterna i tvisten vid den nationella domstolen, räcker för att motivera min uppfattning att det inte är möjligt för Supreme Court att ta upp frågan om giltigheten av kommissionens beslut 98/531 vid domstolen.

46 — Följande fråga uppstår: Är den irländska domstolen förhindrad att ifrågasätta giltigheten av kommissionens beslut 98/531 endast så länge talan om ogiltigförklaring är anhängig vid förstainstansrätten eller skall den invänta utgången av ett överklagande?
På den punkten är följande distinktion viktig: Om vare sig HB eller Masterfoods överklagar förstainstansrättens avgörande, är det inte möjligt att ifrågasätta dess riktighet inom ramen för ett nationellt förfarande. Med tillämpning av TWD Textilwerke Deggendorf (se fotnot 33), skulle det inte vara processuellt korrekt att en part i förfarandet vid förstainstansrätten, som hade förlorat rätten att överklaga, skulle ha möjlighet att indirekt ifrågasätta förstainstansrättens avgörande vid nationella domstolar.
Om förstainstansrättens avgörande däremot redan har överklagats förefaller en begäran om förhandsavgörande från den irländska domstolen genom vilken förstainstansrättens inställning ifrågasätts i praktiken mindre problematisk. Ovan förklarades att ett svar på en tolkningsfråga som hänskjutits för förhandsavgörande, i fråga om den utförda domstolsprövningens omfattning och de omständigheter som avses, tycks likna en dom vid ett överklagande. Domstolen kan under vissa omständigheter förena målen. Åter uppstår dock, av de skäl som angivits ovan, frågan om det är lämpligt att, å ena sidan, tillåta HB och Masterfoods att överklaga och, å andra sidan, att ifrågasätta riktigheten i förstainstansrättens avgörande inom ramen för en begäran om förhandsavgörande från den irländska domstolen.
Jag skulle i alla händelser föredra att inte på detta stadium ta upp denna speciella fråga, det vill säga om den irländska domstolen kan hänskjuta en tolkningsfråga för förhandsavgörande samtidigt som ett överklagande är anhängigt.

kunna meddela ett avgörande i målet innan talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten har avgjorts, eftersom frågan om giltigheten av beslut 98/531 förefaller utgöra en prejudiciell fråga för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen. Om detta faktiskt är riktigt är det inte nödvändigt att besvara de följande två frågorna. Eftersom det inte ankommer på domstolen att avgöra frågan om giltigheten av beslut 98/531, som — av ovan angivna skäl — den nationella domstolen inte kan ta upp, är det svaret inte nödvändigt för att lösa tvisten vid den nationella domstolen.

59. Det är dock inte uteslutet att Supreme Court ställde tolkningsfrågorna i syfte att få en bedömning av riktigheten av grunderna för High Courts avgörande i första instans uteslutande på grundval av den faktiska och rättsliga bakgrund på vilken det avkunnades. Av det skälet är dessutom de enda faktiska omständigheter som meddelats domstolen i beslutet om hänskjutande de som konstaterades av High Court i första instans. Jag anser att den särskilda aspekten av målet kan prövas här i samband med svaret på den andra och den tredje tolkningsfrågan som hänskjutits till domstolen. Detta innebär givetvis inte att jag bedömer riktigheten av beslut 98/531 eller beaktar omständigheter som står i strid med det beslutet.

V — Den andra tolkningsfrågan

60. I den andra tolkningsfrågan behandlas de berörda exklusivitetsklausulernas förenlighet med artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81.1 EG och 82 EG).

A — *Priset på glass och de berörda avtalens förenlighet med bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget*

61. Innan jag granskar argumenten från de parter som har avgivit yttranden i detta förfarande, anser jag att det är nödvändigt att betona följande särskilda aspekt som har tagits upp av den svenska regeringen.

62. Av de faktiska omständigheter som den irländska domstolen i första instans konstaterade framgår följande. Vid den tid som tvisten avser var försäljningspriset på HB:s glass till detaljhandlare detsamma, oavsett om detaljhandlarna hade ingått det berörda frysdiskavtalet med HB eller inte. Således förutsätts priset på glassen, bortsett från glassens värde, inkludera kostnaderna för frysdisken och underhåll av denna. Med utgångspunkt i det antagandet infördes genom ovannämnda totalprispolicy, tillsammans med åläggandet av en exklusivitetsklausul avseende frysdiskens användning, diskriminering mellan detaljhandlare. Detaljhandlare som hade sin egen frysdisk debiterades för en tjänst som de inte erhöll.

Dessutom övervältrades kostnaderna för att HB:s frysdiskar tillhandahölls andra detaljhandlare utan motprestation (eller mot en symbolisk motprestation) på dessa.

63. Med tanke på HB:s dominerande ställning på marknaden,[47] anser jag att bolagets ovan beskrivna agerande — fortfarande under förutsättning att de angivna omständigheterna är korrekta — strider mot artikel 86 c i EG-fördraget. Enligt den bestämmelsen omfattar missbruk av dominerande ställning att "tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel".[48] I förevarande fall drabbas detaljhandlare som inte vill ha en frysdisk från HB och vara bundna av den berörda exklusivitetsklausulen av en tydlig konkurrensnackdel jämfört med detaljhandlare som ingår frysdiskavtalet med HB.[49] Dessutom kom kommissionen till samma slutsats i sitt meddelande om anmärkningar som tillställdes HB år 1993. Vidare förefaller konflikten mellan ovanstående affärspolicy och konkurrensreglerna indirekt ha godtagits även av HB, som ändrade policyn år 1995, och införde ett differentierat prissystem beroende på om detaljhandlaren förutom glassleveranser, tillhandahölls en frysdisk från HB eller ej.[50]

64. Ovannämnda missbruk av dominerande ställning från HB:s sida står, under förutsättning att det påverkar handeln mellan medlemsstaterna,[51] således i strid med artikel 86 i fördraget. Dessutom stod

47 — Se punkt 90 och följande punkter nedan.

48 — Domstolen ställs vanligen inför fall där den godtyckliga diskrimineringen består i att olika priser tas ut för samma vara eller tjänst. Se exempelvis dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315). I detta mål har det exakt omvända inträffat: samma pris tas ut i olika situationer på ett sätt som gynnar vissa avtalsparter på bekostnad av andra.

49 — Med andra ord gör sig HB skyldigt till missbruk av dominerande ställning, som skapar orättvisa konkurrensförhållanden. Jag anser att denna iakttagelse är tillräcklig för att agerandet skall anses strida mot artikel 86 i fördraget utan att en ytterligare prövning av om den fria konkurrensen äventyras genom att marknaden stängs av är nödvändig.

50 — Ett schablonbelopp, som antagligen motsvarar HB:s kostnader för inköp och underhåll av en frysdisk, återbetalades till detaljhandlare som inte tillhandahölls en frysdisk.

51 — Det är värt att påpeka att påverkan av handeln mellan medlemsstaterna är en förutsättning för tillämpningen av artikel 86 i fördraget, som i regel tolkas extensivt i doktrin och rättspraxis. Påverkan behöver inte vara märkbar, direkt eller faktisk, utan bara indirekt och potentiell (dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 429; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277), och av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229).
I förevarande mål bör följande anmärkningar göras. Om det, i enlighet med vad som sagts ovan, konstateras att HB:s agerande utgör ett missbruk av dominerande ställning, skapas följande situation på marknaden: på grund av HB:s dominerande ställning på marknaden köper de flesta detaljhandlare i Irland glass av HB, oavsett om den senare samtidigt håller dem med en frysdisk. Dessa detaljhandlare kan delas upp i två kategorier. Å ena sidan de som är bundna av exklusivitetsklausulen och därför inte kan ta emot leveranser av eller lagerföra glass från någon annan nationell eller utländsk tillverkare än HB. Dessa detaljhandlare får en konkurrensmässig fördel på grund av HB:s missbruk av dominerande ställning. Å andra sidan de detaljhandlare som, förutom HB:s glass, kunde köpa liknande produkter från andra nationella eller utländska tillverkare. Dessa detaljhandlare försätts i en sämre konkurrensmässig position än den förra kategorin.
HB uppnår följaktligen genom sitt agerande följande. För det första gör bolaget, på grund av sin dominerande ställning, affärer med majoriteten av detaljhandlarna i Irland och för det andra kan bolaget, på grund av att det missbrukar sin dominerande ställning, försätta de detaljhandlare med vilka det gör affärer, och som även kan ta emot glassleveranser från andra, såväl nationella som utländska, tillverkare, i en ogynnsam konkurrensmässig position. På så sätt inverkar det negativt på utländska leverantörers möjligheter att etablera sig på den irländska marknaden för lösglass. Detta är enligt min uppfattning tillräckligt för att stödja påståendet att HB:s policy att, å ena sidan, sälja glass till enhetliga priser och, å andra sidan, påtvinga en exklusivitetsklausul avseende de frysdiskar som bolaget tillhandahåller sannolikt kommer att påverka handeln inom gemenskapen.

den berörda exklusivitetsklausulen, tillsammans med den enhetliga glassprispolicyn, i strid med ovanstående gemenskapsbestämmelse och en skyldighet att följa dem kunde inte åläggas av en domstol.

B — *Den berörda exklusivitetsklausulen och artikel 85.1 i EG-fördraget*

65. Domstolen har ombetts att pröva om ett antal exklusiva avtal utgör ett åsidosättande av artikel 85.1 i EG-fördraget. [52]

a) Domen i målet Delimitis

66. Den rättsliga linje som kommer att följas vid frågans prövning drogs upp i domen i det ovannämnda målet Delimitis. [53]

67. Domstolen fann att de exklusiva avtal genom vilka både leverantör och återförsäljare erhåller förmåner inte *per se* står i strid med gemenskapens konkurrensregler, men att "... det dock [måste] prövas om de har till resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen." [54] Vid bedömningen av sådana avtal är det nödvändigt att "ta hänsyn till det ekonomiska och rättsliga sammanhang där avtalet förekommer och där det tillsammans med andra kan leda till en kumulativ verkan på konkurrensen". Den kumulativa verkan utgör "en av flera faktorer" vid bedömningen av om handeln mellan medlemsstater kan påverkas genom en eventuell störning av konkurrensen.

68. Bedömningen av den kumulativa verkan på konkurrensen av ett avtal sammantaget med liknande avtal förutsätter, för det första, att den relevanta marknaden definieras. Därefter måste man, för att bedöma om förekomsten av flera exklusiva avtal hindrar tillträdet till den på detta sätt

52 — Det speciella särdraget i målet består i den omständigheten att exklusivitetsklausulen inte avser leverans av produkten i fråga (HB förbjuder inte leveranser av andra glassmärken till detaljhandlare i Irland), utan användningen av frysdiskarna för förvaring av produkter (HB förbjuder förvaring av andra glassmärken i frysdiskarna). Ånyo har avtalen i fråga dock till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på glassmarknaden och de kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, vilket enligt artikel 85.1 i EG-fördraget är förbjudet.
Kopplingen mellan avtalen om exklusiv användning av frysdiskarna för förvaring av glass och de konkurrensförhållanden som råder på samma glassmarknad framgår av domen i målet Langnese-Iglo mot kommissionen (dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, REG 1995, s. II-1533). I den domen prövades lagligheten hos ett kommissionsbeslut om förenligheten mellan ett exklusivt leveransavtal som ingåtts mellan glasstillverkare och försäljare av glass för omedelbar konsumtion och artikel 85. Kommissionen fann vid granskningen av om det, bortsett från avtalen i fråga, förekom andra väsentliga faktorer som bidrog till uppdelningen av marknaden, att nya konkurrenters tillträde till marknaden försvårades av bruket att ge bort ett stort antal frysdiskar som tillhandahölls detaljhandlare i utbyte mot att de lovade att endast använda frysdiskarna för förvaring av leverantörens produkter. Förstainstansrätten fann "att kommissionen har rätt i sin åsikt att detta utgör en omständighet som bidrar till att försvåra tillträdet till marknaden. Denna omständighet leder nämligen oundvikligen till att varje ny konkurrent som inträder på marknaden... antingen [måste] övertyga detaljhandlaren om att byta ut den frysbox som har installerats av sökanden mot en annan, vilket innebär att avstå från den omsättning som uppnås med den gamla leverantörens produkter, eller få detaljhandlaren att gå med på en installation av ytterligare en frysbox, vilket kan visa sig omöjligt, bland annat på grund av att det saknas utrymme på mindre försäljningsställen." (punkt 108).

53 — Den domen avsåg exklusiva avtal om leverans av öl mellan leverantören (bryggeriet) och återförsäljaren (restauranger och pubar). Leverantören gav återförsäljarna vissa finansiella och ekonomiska förmåner som beviljandet av förmånliga lån, uthyrning av lokaler och tillhandahållande av utrustning; de senare åtog sig att endast ta emot ölleveranser från den förra och att avstå från att sälja konkurrerande produkter i sina lokaler.

54 — Domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Delimitis, punkt 13.

definierade marknaden, undersöka "vilken art och omfattning dessa avtal som en helhet har". Deras inverkan på tillträde till marknaden beror bland annat på antalet försäljningsställen som på detta sätt är bundna av de exklusiva avtalen i förhållande till antalet försäljningsställen som inte är det, åtagandenas varaktighet och vilka kvantiteter av produkten som hanteras av "bundna försäljningsställen" i förhållande till dem som säljs av obundna återförsäljare.[55] Domstolen påpekade att "[f]örekomsten av en serie liknande (exklusiva)[56] avtal — även om deras inverkan på möjligheterna att få tillträde till marknaden är betydande — ... dock inte i sig [är] tillräcklig för att den slutsatsen skall kunna dras att tillträde till den relevanta marknaden förhindras, eftersom denna förekomst bara är en faktor av flera i det ekonomiska och rättsliga sammanhang där ett avtal skall bedömas."[57]

69. Därefter betonas behovet av att granska om "det finns verkliga, konkreta möjligheter för en ny konkurrent att inlemmas i avtalsnätet".[58]

70. Om det av ovanstående analys framgår att avtalsnätet, som en "kumulativ verkan" leder till att marknaden stängs för nya nationella och utländska konkurrenter, skall ansvaret för en sådan marknadsavskärmande verkan och för åsidosättandet av förbuden i artikel 85.1 tillskrivas de företag som i "väsentlig mån bidrar till denna verkan".[59] Vid bedömning av den senare frågan eller i vilken grad vissa exklusiva avtal bidrar till den kumulativa avskärmningsverkan måste "avtalsparternas ställning på marknaden" beaktas.[60] Denna beräknas med utgångspunkt i leverantörens marknadsandel, antalet försäljningsställen som är knutna till denne jämfört med det totala antalet försäljningsställen och det berörda avtalets löptid.

71. Sammanfattningsvis är ett exklusivt avtal förbjudet om det, för det första, fastställs att nätet av liknande avtal, mot bakgrund av det allmänna ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de tillämpas, som kumulativ verkan medför en avstängning av marknaden och, för det andra, det specifika avtalet i avsevärd mån bidrar till det resultatet.

b) Tillämpningen av domen i målet Delimitis på detta mål

72. Domstolen skall för det första granska arten och betydelsen av den samling frys-

55 — Ibidem, punkt 19.

56 — Min parentes.

57 — Domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Delimitis, punkt 20.

58 — Domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Delimitis, punkt 21. Domstolen hänvisar till kriterier som, för det första, rättsliga föreskrifter och avtal om förvärv av bolag och etablering av försäljningsställen, för det andra, det minsta antal försäljningsställen som krävs för att ett distributionssystem skall vara lönsamt, för det tredje, förekomsten av grossister och fristående distributionssystem och för det fjärde konkurrensvillkoren på den relevanta marknaden. I det senare avseendet är viktiga faktorer hur många och hur stora producenterna på marknaden är, marknadens mättnadsgrad och konsumenternas trohet mot befintliga varumärken.

59 — Domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet Delimitis, punkt 24.

60 — Ibidem, punkt 25.

diskavtal med exklusivitetsklausul som träffats mellan glasslevererande företag och detaljhandlare.[61] Dessa avtal utgör fast praxis i Irland. Även om de inte i sig strider mot artikel 85.1 i EG-fördraget, är det sannolikt att de innebär konkurrensbegränsningar, eftersom de utesluter andra konkurrenters produkter från vissa försäljningsställen.

73. För det första är det nödvändigt att granska försäljningsställenas karaktär. Av High Courts konstateranden i sin till Supreme Court överklagade dom framgår att detaljhandlare utgör majoriteten av försäljningsställena,[62] som svarar för huvuddelen av försäljningen. Dessutom har ett mycket litet antal detaljhandlare egna frysdiskar, det vill säga frysdiskar där de kan förvara glass av andra märken.[63] Den stora majoriteten detaljhandlare har bara en eller två frysdiskar för exklusivt bruk från en leverantör. Det begränsade antalet frysdiskar tycks vara en följd av utrymmesbrist i detaljhandlarnas lokaler och frånvaron av ett affärsmässigt incitament för affärsinnehavarna. De förväntar sig inte någon väsentlig vinstökning genom att skaffa ytterligare en frysdisk, även om det vore praktiskt möjligt.[64] Beträffande HB kontrollerar det företaget, enligt den nationella domstolens redogörelse, omkring 12 000 av de 18 000 frysdiskarna på den relevanta marknaden. Den irländska domstolen i första instans räknade med att omkring 80 procent av frysdiskarna i mindre försäljningsställen inom detaljhandeln kontrollerades av HB.

74. Jag anser att avtalen om tillhandahållande av frysdiskar till detaljhandlare väsentligt påverkar möjligheten för nya konkurrenter att etablera sig på marknaden. Med tanke på den ringa till obefintliga möjligheten att övertyga en detaljhandlare om att ersätta en redan installerad frysdisk eller att installera ytterligare en frysdisk (som ägs av honom eller som levereras av ett annat varumärke) föreligger starka indikationer på att de detaljhandlare som genom exklusivitetsklausuler kontrolleras av en leverantör *de facto* är knutna till denne. Eftersom det finns många fler detaljhandlare som omfattas av frysdiskavtal med en exklusivitetsklausul än det finns detaljhandlare som äger "fria frysdiskar", är det uppenbart att den stora majoriteten av detaljhandlare i Irland *de facto* är knutna till en leverantör.

61 — Den centrala frågan för dem som ansvarar för den rättsliga tillämpningen är definitionen av produktmarknaden och den geografiska marknaden. Formuleringen av den andra fråga som har ställts till domstolen pekar på att den nationella domstolen tycks anse att den relevanta marknaden är marknaden för enskilt förpackad lösglass i Irland.

62 — De är främst mindre livsmedelsbutiker, kiosker och bensinstationer. De utgör omkring 9 000 försäljningsställen av totalt 10 279 (marknadsundersökning utförd år 1990).

63 — Den grundläggande orsaken till att det inte finns fler frysdiskägare är kostnaden för inköp och underhåll och att det är så lätt att få en frysdisk levererad från en glasstillverkare, även om det förekommer en bindande exklusivitetsklausul.

64 — I det avseendet är det också värt att granska om marknaden i fråga är mättad vad gäller frysdiskar. Om, med andra ord, antalet redan installerade frysdiskar i princip har nått sitt maximum, kan det inte förväntas att detaljhandlare skall vara intresserade av att installera ytterligare frysdiskar i sina affärer.

75. I fråga om HB har bolaget ytterligare en särskild fördel på grund av sin ställning på marknaden. Det är den glasstillverkare som har störst produktsortiment och som är mest populär. Följaktligen har detaljhandlare — vilka, som nämnts, vanligen inte äger sina egna frysdiskar — när de fattar beslut om att köpa glass all anledning att vända sig till HB, som på grund av sin ställning på marknaden förmodligen kommer att garantera att de uppnår en större försäljningsvolym. Av samma skäl händer det i mycket få fall att en frysdisk från HB installeras och sedan ersätts med en frysdisk som uteslutande skall användas för ett annat varumärke. Slutligen är det inte heller sannolikt att en extra frysdisk för förvaring av ett annat glassmärke väsentligen skulle öka detaljhandlarens vinst. HB:s glass kommer fortsättningsvis att stå för den största försäljningsvolymen i butiken. Detta bekräftar även den irländska domstolen i första instans.

76. Beträffande möjligheterna för nya konkurrenter att inlemmas i det befintliga distributionsnätet och, i förlängningen, etablera sig på den relevanta marknaden, har HB anfört ett antal argument för att visa att avtalen i fråga inte har som kumulativ verkan att avstänga marknaden för nya konkurrenter. HB har gjort gällande att det, för en korrekt tillämpning av artikel 85.1 i förevarande mål, är avgörande att definiera den "tröskelnivå för tillträde till marknaden" som nya konkurrenter skall erbjudas. Om detta minimitillträde i förevarande fall garanteras, strider inte de berörda exklusivitetsklausulerna mot gemenskapens konkurrensregler.

77. Jag motsätter mig inte ovanstående resonemang. Emellertid utgör det stora antalet detaljhandlare som *de facto* är uppbunden på grund av de klausuler som föreskriver exklusivt bruk av frysdiskarna en stark indikation — som det ankommer på den nationella domstolen att bekräfta — på att den konkurrensbegränsning som förorsakas av det berörda avtalsnätet är så allvarlig att den nödvändiga (minimi-) marginalen för tillträde till marknaden inte föreligger. Det konstaterandet påverkas inte av det faktum att vissa konkurrenter, som Mars, trots de existerande begränsningarna, lyckats etablera sig på en liten del av marknaden. Dessutom är det inte riktigt att — vilket HB försöker göra — hävda att en förutsättning för glassleverantörers tillträde till marknaden i Irland är att den nytillkomne glassleverantören bör överväga att sätta upp sin egen "frysdiskpark" för att få kontroll över vissa detaljhandlare. Denna metod tycks innebära ett berättigande av att marknaden binds i än högre grad i syfte att liberalisera den. Det bör betonas att den relevanta marknaden består i leverans av lösglass och inte i en samlad marknad för leverans av glass och frysdiskar. [65] Slutligen har HB gjort den belysande anmärkningen att de exklusiva avtalen inte anses bidra till att marknaden avskärmas på ett sätt som strider mot gemenskapens konkurrensregler, om nytillkomna glassle-

65 — En korrekt tillämpning av konkurrensreglerna tillåter inte att glasstillverkare tvingas tillhandahålla frysdiskar för att bedriva verksamhet på glassmarknaden. Konkurrensen mellan nya märken kan inte ersättas av konkurrensen om tillgången till detaljhandlare.

verantörer har möjlighet att använda alternativa metoder att stärka sin ställning på marknaden. Det står dock inte klart att sådana alternativ finns på den irländska glassmarknaden, [66] men det är en fråga som det ankommer på den nationella domstolen att avgöra. [67]

78. Av ovanstående bedömning följer — om de faktiska och rättsliga omständigheter som bedömts är korrekta — att det nät av frysdiskavtal med en exklusivitetsklausul som glassleverantörerna i Irland har ingått med detaljhandlare har den kumulativa verkan att förändra de sunda konkurrensförhållandena inom den relevanta marknaden och leder till att den marknaden stängs av. Systemet med exklusivitetsklausuler förefaller, såsom det fungerar i förevarande fall, sannolikt bidra till att i alltför hög grad gynna den leverantör som har den starkaste ställningen på marknaden, och göra det praktiskt taget omöjligt för nya leverantörer (särskilt små och medelstora leverantörer, det vill säga de som inte har ett stort produktsortiment och som inte själva kan åta sig kostnaderna för att sätta upp ett nät av frysdiskar) att etablera sig på marknaden och i sista hand vara till förfång för konsumenterna, eftersom det inte gynnar konkurrens i fråga om produkternas kvalitet och pris. Jag betvivlar inte att det systemet ur en viss synvinkel kan anses gynna dem som har ingått de berörda frysdiskavtalen eller att det även kan ha en positiv inverkan på marknaden. [68] Även om så är fallet upphäver detta dock inte de negativa konsekvenserna för den fria konkurrensen, som motsvarar en avstängning av marknaden.

79. Det återstår att pröva frågan huruvida en tillämpning av det minimikrav som föreskrivs i domen i målet Delimitis är påkallad. Det vill särskilt säga, om de frysdiskavtal som ingicks av HB "i väsentlig mån bidrar till" [69] ovanstående negativa effekter på marknaden. Åtminstone med utgångspunkt i de omständigheter som åberopades i avgörandet i den irländska domstolen i första instans anser jag att den frågan skall besvaras jakande. Av alla de nämnda frysdiskavtalen, innehas lejonparten av HB. Det företaget som förefaller vara den viktigaste på marknaden etablerade leverantören, har under lång tid kon-

66 — Det bör beaktas att en alternativ metod att etablera sig på marknaden kan, i enlighet med domen i målet Delimitis, bestå i att inrätta nya försäljningsställen, att upprätta ett lönsamt distributionsnät, eller att använda ett befintligt system av oberoende grossister. Av handlingarna i akten att döma förefaller det dock inte finnas en oberoende grossistförsäljning av lösglass i Irland som skulle kunna ge nytillkomna leverantörer tillgång till distribution. Om den relevanta marknaden dessutom faktiskt är mättad i fråga om antalet försäljningsställen och det totala antalet installerade frysdiskar, är det uppenbart att de alternativa lösningar som står till buds för nytillkomna näringsidkare (särskilt små och medelstora företag) är mycket begränsade. Enligt min uppfattning kan inte förvärvet av andra befintliga företag med distributionsnät, såsom HB har föreslagit, anses vara en sådan lösning. Även om möjligheten fanns skulle kostnaderna för en etablering på marknaden med all sannolikhet vara en avhållande faktor för intresserade näringsidkare. Det kan inte heller anses förenligt med gemenskapens konkurrensregler att näringsidkare som redan är etablerade ges rätt att binda marknaden på ett sådant sätt att den enda möjligheten för en ny konkurrent att etablera sig på marknaden är att köpa ut en redan befintlig konkurrent. Fri konkurrens skulle i så fall inte existera.
Det är även nödvändigt att granska frågan huruvida befintliga glassleverantörers nuvarande ställning och deras anseende hos konsumenterna utgör ett oöverstigligt hinder för nyetableringar.

67 — Den nationella domstolen kommer att pröva den frågan mot bakgrund av punkt 21 i domen i målet Delimitis, (ovan fotnot 3).

68 — Se punkt 85 och följande punkter nedan.

69 — Domen i det i fotnot 3 ovan nämnda målet Delimitis, punkt 24.

soliderat denna ställning, har det största nätet av frysdiskar och erbjuder därmed sina produkter till det största antalet detaljhandlare. Jag vill upprepa att två tredjedelar av frysdiskarna hos detaljhandlarna i Irland har levererats av HB på grund av avtal om exklusiv användning och att 80 procent av detaljhandlarna *de facto* är knutna till HB enligt den irländska domstolens bedömning i första instans.

80. Ovanstående anmärkningar påverkas inte av HB:s uttalanden.

81. Det företaget hänvisar för det första till kriteriet avseende exklusivitetsklausulernas varaktighet, som domstolen tillämpade i domen i målet Delimitis. Det har gjort gällande att avtalen om exklusiv användning av frysdiskarna, till skillnad från vad som var fallet i målet Langnese Iglo mot kommissionen,[70] fritt ingås av detaljhandlare och på begäran kan sägas upp av dem utan ytterligare åtaganden gentemot leverantörsföretaget. Enligt HB visar den omständigheten att avtalen är förenliga med artikel 85.1 i EG-fördraget.

82. Jag delar inte denna uppfattning. Under alla omständigheter bör avtalens faktiska varaktighet granskas. Om den genomsnittliga varaktigheten är lång och det fastställs att det finns ett motstånd från detaljhandlarnas sida mot att säga upp avtalen i fråga inom en kortare tid, kan det inte vidhållas att den föreskrivna möjligheten till "uppsägning på begäran" räcker för att avtalen inte skall anses stänga av marknaden på ett sätt som strider mot artikel 85.1.

83. HB har också gjort gällande att det är nödvändigt att göra följande distinktion för att på ett korrekt sätt avgöra hur dess egna avtal bidrar till att stänga av marknaden. Det totala antalet detaljhandlare som utestängs från fri konkurrens på grund av att de *de facto* är knutna till HB skall inte omfatta de detaljhandlare som, även om de har en eller flera frysdiskar från HB, av rent affärsmässiga skäl inte är intresserade av att sälja glass av något annat märke, särskilt på grund av konsumenternas svaga efterfrågan på annan glass än HB:s.

84. Jag kan inte instämma i detta resonemang, som High Court huvudsakligen tycks stödja. Effekterna av ett avtal som begränsar konkurrensen måste bedömas objektivt, oberoende av skälen till att det begränsande avtalets parter har ingått det. Den omständigheten att andra leverantörer i hög grad utestängs från marknaden kan i princip utgöra ett åsidosättande av artikel 85.1 i EG-fördraget, även om den

70 — Se ovan fotnot 52.

detaljhandlare som accepterar exklusivitetsklausulen vid en given tidpunkt förklarar att han inte är intresserad av att utvidga sin leverantörskrets. För att, mot bakgrund av ovanstående analys, uppskatta de konkurrensbegränsande effekterna av det berörda frysdiskavtalet korrekt, skall följaktligen alla detaljhandlare som enbart har frysdiskar från HB och därmed inte köper glass av något annat märke *de facto* anses beroende av HB.

c) De berörda exklusivitetsklausulernas objektiva berättigande

85. HB har hävdat att de berörda klausulerna ger upphov till en mindre begränsning av konkurrensen som är helt legitim eftersom den är objektivt berättigad. Företaget har i detta sammanhang åberopat domen i målet Pronuptia [71] och teorin om objektivt berättigande av vissa ömsesidiga ageranden som, av det skälet, faller utanför tillämpningsområdet för artikel 85.1 i EG-fördraget.

86. HB har särskilt gjort gällande att avtalen om användning och underhåll av frysdiskarna utan någon direkt avgift, gynnar både företaget och de detaljhandlare som sluter avtal med det. Exempelvis nedbringas den totala kostnaden för dem som är aktivt engagerade i glassförsäljning, [72] en bättre distribution av produkterna uppnås, [73] och försäljningsställena för produkterna blir fler. [74]

87. Dessutom har HB gjort gällande att den exklusivitetsklausul som ingår i ovanstående avtal är avgörande för att systemet skall fungera korrekt och endast medför mindre och berättigade konkurrensbegränsningar. HB har påpekat att utan denna klausul skulle en adekvat organisation av marknaden för lösglass och en lämplig distribution av produkterna äventyras. Genom dessa klausuler kan leverantörerna garantera bättre tillgång till deras produkter. Klausulerna skapar även utrymme för att bära kostnaderna för frysdiskarna, eftersom leverantörerna förväntar sig större försäljningsvolymer, de möjliggör en bättre övervakning av hygienen och infrysningsförhållandena, de underlättar annonseringen och den allmänna marknadsföringen av produkterna och de skyddar leverantörerna från illojalt handlande från konkurrenternas sida, [75] samtidigt som äganderätten till frysdiskarna skyddas. Allt detta uppnås enligt

71 — Dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia, (REG 1986, s. 353: svensk specialutgåva, volum 8, s. 403).

72 — Detaljhandlare undviker de betungande utgifterna för inköp och underhåll av frysdiskar. HB köper, som dotterbolag till Unilever, frysdiskar till grossistpris från tillverkarna till mycket bättre priser än enskilda inköpare skulle erhålla. Det faktum att frysdiskarna och glassen inte faktureras separat förenklar också hanteringen.

73 — HB kan bevaka resurserna för distribution och förvaring av sina produkter bättre och uppnår bättre geografisk täckning på marknaden.

74 — Många detaljhandlare skulle inte godta den affärsrisk som det skulle innebära att köpa, hyra och underhålla en frysdisk på grund av den speciella verksamhetens marginella karaktär. HB har gjort gällande att fritt tillhandahållande och underhåll av frysdiskar i många fall är det enda sättet att garantera tillgången till glass hos vissa detaljhandlare.

75 — Som skulle få en oberättigad konkurrensfördel om de kunde använda HB:s frysdiskar för att distribuera sin glass.

HB:s åsikt utan en överdriven konkurrensbegränsning.

88. Mina kommentarer till ovanstående resonemang är följande:

För det första vill jag påpeka att det är svårt att i praktiken tolka och tillämpa kriteriet om objektivt berättigande. Det är tveksamt om det utgör ett lämpligt kriterium för tolkningen av gemenskapens konkurrensregler. [76] Ändå saknas det inte helt i domstolens rättspraxis. [77]

För det andra tycks inte exklusivitetsklausulen i detta fall, i motsats till vad som var fallet i det av domstolen prövade målet Pronuptia, utgöra en objektivt nödvändig förutsättning för att ett system, som det är helt berättigat att bevara oförändrat, skall fungera. Å ena sidan godtar jag att avtalen om tillhandahållande av frysdiskar till detaljhandlare innebär fördelar för avtalsparterna och konsumenterna. Det innebär dock inte att den irländska lösglassmarknadens existens och korrekta funktion är beroende av dessa avtal. [78] Å andra sidan, och viktigare, utgör inte den exklusivitetsklausul som åtföljer frysdiskleveransen ett nödvändigt villkor (*conditio sine qua non*) för att frysdiskavtal skall ingås. Trots de påståenden som HB har gjort om motsatsen, har det inte visats att glassleverantörernas organisation av ett funktionellt distributionsnät med tillhandahållande av frysdiskar till detaljhandlare inte kan existera utan gratis tillhandahållande av frysdiskar kombinerat med en exklusivitetsklausul beträffande användningen. [79]

76 — I mitt förslag till avgörande av den 15 juli 1997 inför domen i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen (dom av den 8 juli 1999 (REG 1999, s. I-4539)), punkt 45, uttryckte jag mina reservationer i fråga om ett eventuellt införlivande av "rule of reason", med amerikanskt ursprung, i gemenskapens rättsordning, särskilt avseende tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget.

77 — Vid sidan av domen i det ovan i fotnot 71 nämnda målet Pronuptia, vill jag peka på mitt förslag till avgörande inför domen av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen (REG 2000, s. I-3271), där jag hänvisade till kriteriet objektivt berättigande vid granskningen av statligt stöd. Se även dom av den 8 juni 1982 i mål C-258/78, Nungesser mot kommissionen (REG 1982, s. 2015) och av den 6 oktober 1982 i mål 262/81, Coditel m.fl. (II) (REG 1982, s. 3381; svensk specialutgåva, volym 6, s. 503).

78 — Detta framgår även av det faktum att HB också har möjlighet att framgångsrikt leverera till detaljhandlare hos vilka frysdiskar inte har installerats.

79 — Det har inte visats att rådande praxis är avgörande för ett fungerande distributionsnät för glass i Irland. HB:s argument leder inte till slutsatsen att ett borttagande av exklusivitetsklausulen avseende frysdiskarnas användning kommer att försämra situationen i en sådan grad att det dels inte längre kommer att vara möjligt att ingå frysdiskavtal med detaljhandlare, dels att marknaden kommer att vållas irreparabel störning på grund av effekterna på distributionssystemet och förlusten av försäljningsställen. Orsakssambandet mellan ett borttagande av exklusiviteten och skadan på systemet har inte styrkts i tillräcklig grad.
Beträffande skyddet för HB:s äganderätt till frysdiskarna vill jag påpeka att tillhandahållandet av frysdiskar gratis i kombination med åläggandet av en exklusivitetsklausul inte är det enda sättet att nå detta mål, utan ett val som HB har gjort av affärsmässiga skäl. I stället för att lägga kostnaden för frysdiskarna på glasspriset kunde företaget ha tagit fram andra metoder att skriva av kostnaden för sin investering i frysdiskar. En av de möjliga lösningarna är att ta ut en fristående hyra från detaljhandlarna för användningen av frysdiskarna (se nedan, punkt 105 och följande punkter).
Den lösningen skulle kunna leda till att ett antal detaljhandlare upphörde med glassförsäljningsverksamheten. Den förmodade omfattningen av förlusten av försäljningsställen är dock inte säker. Detaljhandlarna skulle åläggas den extra kostnaden för att hyra frysdisken, men skulle köpa billigare glass (eftersom kostnaden för frysdisken inte längre skulle inkluderas i glasspriset) och skulle kunna vidga sin affärsverksamhet genom att använda frysdisken för förvaring och frysning av annan glass. Under alla omständigheter utgör inte förlusten av försäljningsställen *per se* ett rättfärdigande av de konkurrensbegränsningar som exklusivitetsklausulerna medför.

För det tredje anser jag att även om man godtog att vissa konkurrensbegränsningar skulle kunna vara berättigade för att bevara ett system som till sist verkar till fördel för marknaden och dem som deltar på marknaden, skulle dessa begränsningar inte kunna gå utöver en gräns som kan fastställas med tillämpning av proportionalitetsprincipen. [80] Trots de positiva aspekter som HB har betonat, står dessa avtal således i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget, om det, i linje med ovanstående bedömning, mot bakgrund av den övergripande granskningen av den rättsliga och faktiska bakgrunden till HB:s avtal, fastställs att de i kombination med andra liknande avtal, väsentligt bidrar till att framkalla en kumulativ negativ verkan på konkurrensen, så att marknaden stängs av. För det första därför att begränsningarna i fråga på grund av svårighetsgraden av de negativa konsekvenserna för konkurrensen, överskrider en specifik gräns bortom vilken de inte kan anses berättigade. [81] För det andra har det, som jag redan har förklarat, inte visats att de berörda begränsningarna till följd av de exklusiva avtal som domstolen har att pröva är avgörande för att uppnå det eftersträvade målet, även om det vore legitimt. [82]

89. Sammanfattningsvis skall den första delen av den andra tolkningsfråga som har hänskjutits till domstolen för förhandsavgörande besvaras på följande sätt. Mot bakgrund av de rättsliga och faktiska omständigheterna på den relevanta marknaden står ett avtal eller ett förfarande som det som granskas i tvisten vid den nationella domstolen i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget om tre villkor är uppfyllda — för det första att det, i kombination med liknande avtal eller förfaranden på samma marknad, *de facto* utesluter tillträde för andra konkurrenter till en särskilt stor andel av de befintliga detaljhandlarna, vilket medför att marknaden stängs av, för det andra att det avsevärt bidrar till sagda avstängning av marknaden och för det tredje att konkurrensbegränsningarna

80 — Det har ofta gjorts gällande att domen i målet Pronuptia gör det möjligt för ett avtal eller förfarande att bli förenligt med artikel 85.1 i fördraget utan att det krävs en bedömning av de berörda konkurrensbegränsningarnas omfattning, bara på grund av det faktum att det utgör en nödvändig förutsättning för att ett system som i sig inte står i strid med artikel 85.1 skall fungera. Jag delar inte denna uppfattning. Om konkurrensbegränsningarna är särskilt allvarliga kan de inte betecknas som "underordnade" eller "mindre". Domen i målet Pronuptia syftar till en förbättrad tillämpning av artikel 85.1 i fördraget och erbjuder inte en möjlighet att undgå att tillämpa de bestämmelserna.
Det är följaktligen väsentligt att de fördelar av den fria konkurrensen som påverkas av avtalen eller förfarandena i fråga, och de fördelar som de senare avser att skydda, vägs mot varandra. Önskan att uppnå legitima mål kan inte alltid rättfärdiga överträdelser av konkurrensvillkoren, särskilt när överträdelsen är allvarlig. Dessutom måste det, vid tillämpningen av de krav av vilka proportionalitetsprincipen består (lämplighet, nödvändighet, proportionalitet i egentlig mening), undersökas om avtalet eller förfarandet i fråga påverkar konkurrensen i alltför hög grad.

81 — Jag intog i mitt förslag till avgörande inför domen i det ovan i fotnot 76 nämnda målet, Montecatini mot kommissionen, en besläktad ståndpunkt beträffande att särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar inte kan berättigas med hänvisning till "rule of reason", som både gemenskapen och de amerikanska konkurrensdomstolarna förefaller ha godtagit. I samma mål förklarade domstolen att "[i] detta sammanhang räcker det att konstatera att även för det fall att 'the rule of reason' kan anses ingå i artikel 85.1 i fördraget, kan denna princip i intet fall medföra att nämnda bestämmelse inte är tillämplig i fall då producenter som står för nästan hela gemenskapsmarknaden deltar i en samverkan och kommer överens om målpriser, produktionsbegränsningar och fördelning av marknaden. Förstainstansrätten har således inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att ansе att 'the rule of reason' i vilket fall som helst inte kunde tillämpas, eftersom överträdelsen var uppenbar", punkt 133.

82 — Det är uppenbart att om de rättsliga och faktiska särdragen på marknaden vore annorlunda skulle HB:s argument om värdet av exklusivitetsklausulerna ha större betydelse och det skulle möjligen kunna vara berättigat att godta dem med hänsyn till artikel 85.1 i fördraget.

kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. [83]

C — *De berörda exklusivitetsklausulerna och artikel 86 i EG-fördraget*

90. Ett företags ställning på marknaden kan betecknas som dominerande när den gör det möjligt för företaget att förhindra att en effektiv konkurrens upprätthålls och att i avsevärd grad agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och konsumenter. [84] En stor andel av marknaden utgör, utom i undantagsfall, bevis för förekomsten av en dominerande ställning. [85]

91. HB:s andel av marknaden för enskilt förpackade lösglassartiklar i Irland har under många år legat kring eller över 70-procentsnivån. Denna omständighet, i kombination med andra omständigheter, [86] leder till den naturliga slutsatsen att HB har en dominerande ställning på ovannämnda marknad. [87]

92. Missbruk av dominerande ställning, som är förbjudet enligt artikel 86, är "ett objektivt begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag... som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens... medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas." [88] Det är förbjudet för ett företag med dominerande ställning "att slå ut en konkurrent och därigenom stärka sin ställning genom att använda sig av andra medel än dem som hör till en konkurrens genom prestationer". [89] I fråga om den korrekta tillämpningen av artikel 86 anser domstolen att "den faktiska räckvidden av det särskilda ansvar som åläggs ett dominerande företag måste övervägas mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall som företer en situation med försvagad konkurrens". [90] I fråga om exklusiva avtal följer det av fast rättspraxis

83 — Om det fastställs att marknaden stängs av på ett sådant sätt att tillträde till detaljhandeln omöjliggörs för nya glassleverantörer, oberoende av den leverantörens geografiska läge och produkternas ursprung, är det enligt min uppfattning sannolikt att handeln mellan medlemsstaterna påverkas. Den berörda konkurrensbegränsningen försvårar för utländska konkurrenter att tränga in på den irländska marknaden.

84 — Se dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9), och domen i det ovan i fotnot 48 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen.

85 — Se domen i det ovan i fotnot 48 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41, och dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. 249), punkt 60, och av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen (REG 1994, s. I-667).

86 — Frånvaron av en jämnstark konkurrent, acceptans från konsumenterna, kontroll över en stor andel av detaljhandeln, tillgång till know-how och andra fördelar till följd av att företaget ingår i den multinationella företagskoncernen Unilever.

87 — Den irländska domstolen i första instans kom till samma slutsats.

88 — Se domen i det ovan i fotnot 48 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91.

89 — Se domen i det ovan i fotnot 85 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 70.

90 — Se dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951), punkt 24.

att "[f]ör ett företag som har en dominerande ställning innebär det... ett missbruk av den dominerande ställningen att binda köpare genom en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag, även om det sker på köparnas begäran...". [91]

93. HB föreslår detaljhandlarna följande avtal. Företaget tillhandahåller dem frysdiskar (utan någon direkt avgift), och svarar själv för kostnaden för inköp och underhåll. Det ställer dock som villkor att frysdiskarna endast skall användas för förvaring av företagets egna produkter. På så sätt uppmuntras detaljhandlare som inte har någon frysdisk, antingen egen eller från någon annan leverantör, att träffa leveransavtal med en exklusivitetsklausul med företaget. Jag har redan förklarat att detaljhandlare som ingår ovannämnda avtal som regel inte kommer att gå med på att ersätta HB:s frysdiskar med en frysdisk från en annan leverantör eller med en egen frysdisk, och att de inte heller är benägna att installera ytterligare frysdiskar. [92] Följaktligen säljer de detaljhandlare som täcks av avtalet i fråga *de facto* uteslutande HB:s produkter. Av ovanstående analys följer att det berörda antalet detaljhandlare är särskilt högt, och verkar uppgå till 80 procent av mindre livsmedelsaffärer. [93]

94. På så sätt förstärks HB:s dominerande ställning och konkurrensen, som under alla omständigheter är försvagad av HB:s dominerande ställning, avtar ytterligare. HB:s policy är mer allmänt oförenlig med sunda konkurrensvillkor vid tillhandahållande av konsumentprodukter. För det första blir det svårt för leverantörer som konkurrerar med HB att få tillträde till och etablera sig på marknaden. För det andra begränsas detaljhandlarnas frihet att välja leverantör med utgångspunkt i de fördelar som dessa erbjuder. För det tredje begränsas konsumenternas frihet att välja produkterna i fråga på grund av deras kvalitet och pris. Med andra ord återspeglar inte konkurrensen mellan olika märken av enskilt förpackad lösglass på någon marknadsnivå de berörda produkternas egenskaper, utan beror på om detaljhandlaren i fråga *de facto* är knuten till HB eller inte. Sammanfattningsvis anser jag att det granskade agerandet från HB:s sida utgör ett missbruk av dominerande ställning.

95. Riktigheten i ovanstående slutsats påverkas inte av HB:s argument om motsatsen.

91 — Se domen i det ovan i fotnot 48 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 89 och i det ovan i fotnot 85 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 149. I sin dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (REG 1993, s. II-389; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 68, förklarade förstainstansrätten att "i de fall en ekonomisk aktör, som i förevarande fall, har en stark ställning på marknaden, innebär ensamleverantörsavtal för en betydande del av inköpen ett oacceptabelt hinder för tillträde till marknaden".

92 — Se punkterna 74 och 75 ovan.

93 — Se punkt 73 ovan.

96. Den parten har, för det första, gjort gällande att ingåendet av frysdiskavtal med en exklusivitetsklausul utgör fast sedvänja bland leverantörer på den berörda marknaden, som inte innebär en avvikelse från sund konkurrens utan snarare påverkar konkurrensvillkoren på ett gynnsamt sätt. Dessutom skulle ett förbud mot avtalen i fråga såsom stridande mot artikel 86 i EG-fördraget ålägga HB att skada sina egna intressen, vilket inte är möjligt.[94] HB har även åberopat domen i målet Bronner[95], av vilken följer att ett företag med dominerande ställning inte är tvingat att öppna sitt distributionssystem för konkurrenter, ens mot skälig ersättning, om den omständigheten att tillträde nekas för det första inte får till följd att det företag som begärt tillträde förhindras att delta i konkurrensen, för det andra objektivt kan rättfärdigas och att det för det tredje finns en faktisk eller potentiell alternativ lösning. Slutligen har HB gjort gällande dels att de berörda avtalen inte stör konkurrensförhållandena och endast garanterar exklusivitet för ett försumbart antal detaljhandlare, dels att det granskade agerandet under alla omständigheter är objektivt berättigat.

97. Det råder ingen tvekan om att frysdiskavtal utgör normal affärspraxis på den relevanta marknaden och att de i vissa avseenden är förmånliga för avtalsparterna. Detta påpekande räcker dock inte för att avtalen skall anses förenliga med artikel 86 i EG-fördraget. Det kan godtas på marknader där normala konkurrensförhållanden råder, men inte i förevarande fall där konkurrensen, just på grund av HB:s dominerande ställning, redan är begränsad. HB:s argument förringar inte heller resultaten av den ovanstående bedömningen, särskilt inte konstaterandet att HB:s frysdiskavtal inte tillåter en normalt fungerande konkurrens, vilket är avgörande vid tillhandahållande av konsumentvaror.

98. Dessutom kan den föreslagna tillämpningen av artikel 86 i EG-fördraget verkligen beröva HB möjligheten att utnyttja alla de fördelar som följer av dess ställning på marknaden, men den kräver inte att företaget skall agera till nackdel för sina egna intressen. Det är helt legitimt att med stöd av artikel 86 begränsa ett företags affärsstrategiska handlingsutrymme, så till vida att ett företag med dominerande ställning alltid har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt agerande skada den legitima, normala konkurrensen på den gemensamma marknaden.

94 — HB hänvisar till förslaget till avgörande av domaren i förstainstansrätten, Kirschner, som tjänstgjorde som generaladvokat i målet Tetra Pak mot kommissionen (ovan fotnot 90), punkt 63. I det förslaget till avgörande ansåg han att inget företag, inte ens om det har en dominerande ställning, kan tvingas skada sina egna intressen.

95 — Dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97 (REG 1998, s. I-7791).

99. De logiska följderna av domen i målet Bronner[96] och principen om "essential facilities" är inte heller relevanta för förevarande fall. Domen i målet Bronner avsåg rätten för en konkurrent att få tillgång till ett befintligt distributionsnät tillhörande en annan konkurrent med dominerande ställning, när det konstaterades att deltagande i det nätet var en nödvändig resurs för att utöva verksamheten i fråga och för förekomsten av konkurrens. Den centrala frågan är här en annan. Den berör en förändring av konkurrensvillkoren genom att detaljhandlare åläggs en exklusivitetsklausul i samband med tillhandahållande av produkter som en förutsättning för att de skall få tillgång till frysdiskar utan någon direkt finansiell avgift. Problemet med "essential facilities" aktualiseras inte i detta mål.[97]

100. I samband med HB:s argument att antalet detaljhandlare som är bundna genom den berörda exklusivitetsklausulen är försumbart, vill jag påpeka att den grund på vilken HB gör den relevanta beräkningen och kommer till ovanstående slutsats inte är korrekt. HB tycks i sin utredning inte inbegripa de detaljhandlare som endast har frysdiskar från HB, utan förklarar att de under alla omständigheter av rent personliga och affärsmässiga skäl inte är intresserade av att sälja andra glassmärken. Som jag redan har förklarat i min bedömning av artikel 85.1 i EG-fördraget, måste alla detaljhandlare som enbart har HB-frysdiskar anses *de facto* bundna till HB genom frysdiskavtalen.[98] Jag vill påpeka att enligt den utredning som har lagts fram av den nationella domstolen säljer 80 procent av de mindre livsmedelsaffärerna i Irland endast HB-glass och kan inte, även om de så önskade, utöka sitt produktsortiment eftersom de har en HB-frysdisk.

101. Beträffande argumentet om "objektivt berättigande" för HB:s agerande vill jag först betona att det uttryckliga begreppet inte tycks användas i rättspraxis vid tolkningen av artikel 86 i EG-fördraget. Jag instämmer dock i att det vore svårt att godta att en objektivt berättigad affärsmässig åtgärd även vore ett missbruk.[99] Frågan huruvida agerandet är berättigat eller inte bedöms med utgångspunkt i proportionalitetsprincipen.[100] Ett företag som innehar en dominerande ställning har inte rätt att framkalla oproportionerliga

96 — Se ovan fotnot 95.

97 — I den ovan i fotnot 95 nämnda domen i målet Bronner hade närmare bestämt den utgivare som hade en dominerande ställning upprättat ett distributionsnät som inte förhindrade andra konkurrenter från att upprätta egna distributionsnät. Dessutom förhindrade inte nätet i fråga detaljhandlare från att ta emot leveranser av eller sälja andra tidningar. Omvänt förhindrar det distributionsnät som upprättats av HB med de berörda exklusivitetsklausulerna dels andra konkurrenter från att upprätta egna distributionsnät, dels utestänger det slutgiltigt detaljhandlare från att ta emot leveranser av liknande produkter av andra märken.

98 — Se ovan punkt 84.

99 — Ur denna synvinkel förefaller begreppet objektivt berättigande vara en faktor som skulle kunna beaktas vid fastställandet av om ageranden från företag med dominerande ställning utgör ett missbruk eller inte.

100 — Avseende innebörden av proportionalitetsprincipen inom ramen för artikel 86, se förslaget till avgörande av domaren vid förstainstansrätten, Kirschner, som tjänstgjorde som generaladvokat i det ovan i fotnot 90 nämnda målet Tetra Pak mot kommissionen, punkterna 67—74, som innehåller särskilt användbar rättspraxis och hänvisningar till doktriner.

begränsningar för den fria konkurrensen, även om de eftersträvade målen är helt legitima. I fråga om de berörda frysdiskavtalen anser jag att de ovan visade allvarliga negativa konsekvenserna för marknadens funktionssätt, omfattningen av de begränsningar som konkurrensen drabbas av och som leder till att det blir omöjligt att garantera sunda och normala konkurrensvillkor leder till den givna slutsatsen att HB:s agerande är oberättigat. [101] Även om den ovan beskrivna "presumtionen för missbruk" inte godtas, kan inte det agerande från HB:s sida som är under prövning objektivt berättigas, eftersom det förorsakar hinder för och störningar i den fria konkurrensen, som går utöver det mål som eftersträvas och som inte är avgörande för att uppnå detta. [102]

relevanta marknaden som levererar enskilt förpackade lösglassartiklar lyckas, mot bakgrund av marknadens särdrag, genom att förmå detaljhandlare att ingå avtal med företaget om tillhandahållande av frysdiskar utan någon direkt avgift, avtal som innehåller en klausul som kräver att frysdiskarna endast skall användas för förvaring av företagets produkter, *de facto* binda ett stort antal detaljhandlare och ytterligare begränsa den redan försvagade konkurrensen genom att inte låta marknaden fungera under sunda konkurrensförhållanden. Företaget har därigenom åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 86 i fördraget.

VI — Den tredje tolkningsfrågan

102. Således drar jag följande slutsats. Ett företag med dominerande ställning på den

103. Den nationella domstolen frågar om det i artikel 222 i EG-fördraget (nu artikel 295 EG) föreskrivna skyddet för äganderätten utgör ett hinder för att HB:s frysdiskavtal ifrågasätts med stöd av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81 EG och 82 EG).

104. Ovanstående fråga skall besvaras nekande.

105. Jag vill påpeka att äganderätten skyddas i enlighet med principer som slås fast i

101 — Jag skulle vilja påstå att det finns gränser för de negativa konsekvenserna för konkurrensen och om ett företag med dominerande ställning överskrider dessa gränser presumeras dess agerande utgöra ett oberättigat missbruk.

102 — På den punkten har HB anfört en rad argument som redan har diskuterats i samband med min analys avseende artikel 85.1 i fördraget. Företaget anser särskilt att avtalen i fråga garanterar bättre marknadsföring och tillgänglighet för produkterna i fråga, minskar distributionskostnaderna, åstadkommer bättre geografisk täckning för produkterna, garanterar att distributionssystemet fungerar mer effektivt, tillhandahåller detaljhandlarna frysdiskar som de annars inte skulle ha möjlighet att anskaffa, förenklar och underlättar hanteringen så till vida att kostnaderna för frysdiskarna och produkterna ingår i totalpriset för glass och säkerställer HB:s äganderätt till frysdiskarna.
Beträffande dessa argument har det påpekats att det inte har visats att tillhandahållandet av en frysdisk utan direkt avgift, men med en exklusivitetsklausul, är den enda och oundgängliga metoden att uppnå ovanstående mål. Ett borttagande av exklusivitetsklausulen kan innebära förändringar för hela systemet med frysdiskavtal och utgör, ur en rent affärsmässig synvinkel, en mindre lockande lösning, men det undanröjer den mycket allvarliga överträdelsen av konkurrensvillkoren som avtalen i fråga medför. Således står avtalen i strid med artikel 86 i fördraget.

medlemsstaternas grundlagar. Dessa grundläggande nationella regler skiljer de berörda rättigheternas kärna, vars åsidosättande i princip är förbjuden, från utövandet av den rättighet som kan begränsas av hänsyn till allmänintresset i den mån som detta är nödvändigt. [103] Det råder ingen tvekan om att artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget intar en viktig position i gemenskapens rättsliga system och tjänar det allmänintresse som består i att säkerställa en störningsfri konkurrens. [104] Således är det helt förståeligt att en begränsning enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget införs avseende äganderätten, i den mån det kan vara nödvändigt för att skydda konkurrensen. Artikel 222 i EG-fördraget kan under alla omständigheter inte användas av näringsidkare som ett skydd mot en tillämpning av artiklarna 85 och 86 till deras nackdel.

106. I förevarande mål berör inte artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, såsom de tolkats ovan, kärnan i HB:s äganderätt till frysdiskarna, [105] utan de inför de gränser för de avtalsklausuler som fastställs av HB i samband med användningen av frysdiskarna som tillhandahålls detaljhandlarna, vilka är nödvändiga för att skydda konkurrensförhållandena på den relevanta marknaden. Företaget kan vidta åtgärder för att skydda sin egendom [106] på andra sätt än genom att ålägga exklusivitetsklausuler. Det kan dock inte åberopa artikel 222 i EG-fördraget för att undgå att anpassa sig till de krav som ställs vid en korrekt tolkning och tillämpning av artiklarna 85 och 86.

103 — Dom av den 13 december 1979 i mål 44/79, Hauer (REG 1979, s. 3727; svensk specialutgåva, colym 4, s. 621), punkt 18.

104 — Artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3.1 g EG i ändrad lydelse) föreskriver att för att uppnå gemenskapens mål skall dess verksamhet innefatta ”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”. Det står enligt min uppfattning klart att denna verksamhet — som innefattar tillämpningen av artiklarna 85 och 86 — utgör en aspekt av gemenskapens allmänintresse.

105 — Det skulle vara fallet om HB, enligt artiklarna 85 och 86, ålades att godta att konkurrerande leverantörer använde frysdiskarna utan ersättning. Detta är inte fallet här; HB fråntas inte rätten att skydda sin egendom, men får inte göra detta genom ett avtal som står i strid med artiklarna 85 och 86.

106 — Företaget kan exempelvis sälja eller hyra ut frysdiskarna till detaljhandlare. Jag har redan betonat (ovan fotnot 79) att HB:s beslut att tillhandahålla frysdiskarna utan en direkt avgift och med en exklusivitetsklausul inte är det enda sättet att skydda dess rättigheter som ägare till frysdiskarna, utan snarare en affärsstrategisk åtgärd. Andra metoder att täcka kostnaden för investeringen i frysdiskarna kan konstrueras utan exklusivitetsklausulen. HB har dock vidhållit att en uthyrningslösning, på grund av marknadens särdrag, inte är möjlig eftersom företaget skulle drabbas av förluster vid en vidareförsäljning av frysdiskarna. Även om man antar att det är sant, påverkar det inte resultatet av ovanstående bedömning. Den omständigheten att en näringsidkare inte kan använda sin egendom såsom denne önskar, är å ena sidan inte jämställbart med att denne fråntas äganderätten eller ett angrepp på kärnan i dennes äganderätt. Den omständigheten att det är sannolikt att denne kommer att åläggas att lida skada i sin verksamhet avseende användningen av den egendomen är, å andra sidan, inte tillräcklig för att förmå mig att tolka artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget på något annat sätt. Ansvaret för den skadan vilar helt på företaget självt och dess val att utforma en affärspolicy som strider mot konkurrensreglerna.

VII — Slutsatser

107. Sammanfattningsvis, av ovan angivna skäl, gör ovanstående bedömning av den andra och den tredje tolkningsfrågan, som hänskjutits till domstolen, det möjligt att besvara de gemenskapsrättsliga frågor som tagits upp, utan att granska lagligheten hos och ogiltigheten av kommissionens beslut 98/531. Enligt min uppfattning skulle domstolen dock mycket väl kunna avstå från att besvara dessa frågor om den finner att tvisten vid den nationella domstolen inte skall avgöras innan dom om giltigheten av beslut 98/531 har meddelats. Som jag har förklarat i samband med redogörelsen för målets särskilda egenskaper, kommer denna dom att meddelas av förstainstansrätten inom ramen för den talan om ogiltigförklaring som är anhängig vid denna. Om domstolen emellertid finner att den måste besvara den andra och den tredje tolkningsfrågan som har hänskjutits till den för förhandsavgörande, och samtidigt pröva giltigheten hos beslut 98/531, skulle jag alternativt begränsa mig till att påpeka att det beslutet, betraktat mot bakgrund av den rättsliga prövning som är möjlig inom ramen för förfarandet enligt artikel 234 EG, är korrekt och att de frysdiskavtal som ingåtts mellan HB och detaljhandlare i Irland står i strid med artiklarna 81 och 82 EG.

VIII — Förslag till avgörande

108. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara den första tolkningsfrågan på följande sätt:

Den nationella domstolen är inte tvungen att vilandeförklara förfarandet och invänta utgången i en talan om ogiltigförklaring endast på grund av att en talan redan har väckts mot kommissionens beslut 98/531/EG vid förstainstansrätten. En sådan skyldighet föreligger dock om lösningen på tvisten vid den nationella

domstolen förutsätter att den nationella domstolen har kunskap om huruvida det berörda beslutet är giltigt eller ej, i den mån den frågan inte kan tas upp vid domstolen genom ett förfarande enligt artikel 234 EG, utan kommer att prövas av förstainstansrätten i den talan om ogiltigförklaring som är anhängig där. I det sammanhanget skall den nationella domstolen undvika att avkunna en dom som skulle stå i strid med kommissionens beslut 98/531, om inte det senare ogiltigförklarades av gemenskapsdomstolen.

Om domstolen anser att det finns anledning att pröva den andra och den tredje tolkningsfrågan, som hänskjutits för förhandsavgörande, föreslår jag att de besvaras på följande sätt:

Mot bakgrund av de rättsliga och faktiska särdragen på den relevanta marknaden, står ett avtal eller ett förfarande som det som är under prövning i tvisten vid den nationella domstolen i strid med artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) om tre villkor är uppfyllda — för det första att det, tillsammans med andra liknande avtal eller förfaranden på samma marknad, *de facto* utgör hinder för andra konkurrenter att få tillträde till en särskilt stor andel av de befintliga detaljhandlarna, vilket medför att marknaden stängs av, för det andra att det bidrar avsevärt till ovanstående avstängning av marknaden och för det tredje att konkurrensbegränsningen i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Ett företag med dominerande ställning på den relevanta marknaden som levererar enskilt förpackade lösglassartiklar lyckas, mot bakgrund av marknadens särdrag, genom att förmå detaljhandlare att ingå avtal med företaget om tillhandahållande av frysdiskar utan någon direkt avgift, avtal som innehåller en klausul som kräver att frysdiskarna endast skall användas för förvaring av företagets produkter, *de facto* binda ett stort antal detaljhandlare och ytterligare begränsa den redan

försvagade konkurrensen, genom att inte låta marknaden fungera under sunda konkurrensförhållanden. Företaget har därigenom åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 86 i fördraget (nu artikel 82 EG).

Det skydd för äganderätten som föreskrivs i artikel 222 i EG-fördraget (nu artikel 295 EG) utesluter inte att sådana exklusiva avtal som är under prövning av den nationella domstolen anses stå i strid med artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget (nu artiklarna 81.1 och 82 EG).