FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 4. september 2008 [1]

Indhold

I — Indledning . . . . . I - 8643

II — De relevante retsregler . . . . . I - 8643

III — Faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål . . . . I - 8645

A — Faktiske omstændigheder . . . . . I - 8645

B — Proceduren for den irske konkurrencemyndighed og tvisten i hovedsagen . . . I - 8647

C — Det præjudicielle spørgsmål . . . . . I - 8648

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen . . . . . I - 8650

V — Parternes argumenter . . . . . I - 8650

VI — Retlig vurdering . . . . . I - 8653

A — Begrebet konkurrencebegrænsende formål . . . . . I - 8653

1. Indhold, opbygning og anvendelse af artikel 81 EF . . . . . I - 8653

a) Opbygning af artikel 81 EF . . . . . I - 8653

b) Anvendelse af artikel 81 EF . . . . . I - 8654

2. Konkurrencebegrænsende formål . . . . . I - 8655

1 — Originalsprog: tysk.

a) Relevant kriterium . . . . . I - 8656

b) Åbenbare konkurrencebegrænsninger? . . . . . I - 8657

c) Udtømmende liste? . . . . . I - 8657

d) Retlig og økonomisk sammenhæng . . . . . I - 8658

3. Konklusion . . . . . I - 8661

B — Har aftaler som BIDS-aftalerne til formål at begrænse konkurrencen? . . . . . I - 8661

1. Begrænsning af friheden til uafhængigt at kunne fastlægge politikken på markedet . . . . . I - 8661

2. Påvirkning af markedsforholdene . . . . . I - 8662

a) Nedsættelse af produktionskapaciteten med 25% i forarbejdningsindustrien som helhed . . . . . I - 8663

b) De udtrædendes tilbagetrækning fra markedet . . . . . I - 8666

c) Afgiftsbetalinger . . . . . I - 8667

d) Anvendelses- og rådighedsbestemmelser . . . . . I - 8668

e) Konklusion . . . . . I - 8670

3. Hensyntagen til de med BIDS-aftalerne forfulgte mål . . . . . I - 8670

4. Konklusion . . . . . I - 8671

C — Endelig vurdering af elementerne i en aftale som BIDS-aftalerne . . . . . I - 8671

VII — Forslag til afgørelse . . . . . I - 8673

I — Indledning

1. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af begrebet konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF. Den økonomiske baggrund er den af den forelæggende ret konstaterede overkapacitet i den irske oksekødsforarbejdningsindustri (herefter »forarbejdningsindustrien«). Forarbejdningsindustrien får kvæg fra avlsbedrifter, slagter og udbener det og sælger derpå oksekødet i Irland og i udlandet. Forarbejdningsvirksomhederne ønsker at nedsætte overkapaciteten ved hjælp af foranstaltninger.

2. Den nationale ret ønsker med sit præjudicielle spørgsmål at få oplyst, om begrebet konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF skal fortolkes således, at det omfatter forarbejdningsvirksomhedernes foranstaltninger. Det præjudicielle spørgsmål er dermed begrænset i to henseender. For det første vedrører det alene foranstaltninger, som har til formål at begrænse konkurrencen, men derimod ikke foranstaltninger, som har til følge at begrænse konkurrencen. For det andet vedrører det kun spørgsmålet, om foranstaltningerne er omfattet af det i artikel 81, stk. 1, EF indeholdte principielle forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler; det skal ikke undersøges, om foranstaltningerne på grund af deres positive virkninger alligevel kan være forenelige med fællesmarkedet i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

II — De relevante retsregler

3. Artikel 81, stk. 1, EF bestemmer, at alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

4. I henhold til artikel 81, stk. 3, EF kan bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF dog erklæres uanvendelige på:

— enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder

— enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og

— enhver samordnet praksis eller kategori deraf

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der:

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

5. Artikel 1, stk. 1 og 2, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 [2] bestemmer følgende:

2 — EFT 2003 L 1, s. 1.

»1. Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som omfattes af forbuddet i traktatens artikel 81, stk. 1, og som ikke opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, er forbudt, uden at det er nødvendigt at træffe nogen forudgående beslutning derom.

2. Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som omfattes af forbuddet i traktatens artikel 81, stk. 1, og som opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, er ikke forbudt, uden at det er nødvendigt at træffe nogen forudgående beslutning derom.«

III — Faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

A — *Faktiske omstændigheder*

6. Den overkapacitet, der ifølge forelæggelsesafgørelsen findes i forarbejdningsindustrien i Irland, skyldes navnlig følgende: Tidligere blev der ydet omfattende støtte til opførelse og opgradering af forarbejdningsanlæg uafhængigt af den faktiske efterspørgsel efter oksekød. Endvidere var mængden af kvæg, der skulle forarbejdes, stærkt sæsonbetonet. Dette medførte, at der i sæsonbestemte spidsbelastningsperioder skulle forarbejdes meget store mængder. Kvægopdrættet er i mellemtiden blevet mindre sæsonbetonet, selv om der fortsat i et vist omfang forekommer sæsonbestemte svingninger. Forarbejdningsanlæggenes samlede kapacitet overstiger imidlertid også i de sæsonbestemte spidsbelastningsperioder den samlede forarbejdede mængde med ca. 32%.

7. Da oksekødssektoren spiller en vigtig rolle i den irske økonomi, bestilte den irske regering og repræsentanter for forarbejdningsindustrien en markedsundersøgelse hos et konsulentfirma. Det var formålet med denne markedsundersøgelse at vise, hvilke muligheder der på lang sigt var for at øge rentabiliteten for alle aktører i oksekødssektoren i Irland.

8. Det fremgik af markedsundersøgelsen, der blev offentliggjort i 1998, at der var stor overkapacitet i forarbejdningsindustrien, og man forudså, at denne overkapacitet ville medføre en nedsat rentabilitet i forarbejdningsindustrien som helhed. Denne prognose var i det væsentlige baseret på følgende betragtning: Af afgørende betydning for en forarbejdningsvirksomheds fortjeneste er forskellen mellem købsprisen for oksen og forarbejdningsomkostningerne på den ene

side og salgsprisen for oksekødet på den anden side. Hvor stor en forarbejdningsvirksomheds fortjeneste bliver, afhænger navnlig af forarbejdningsanlæggets udnyttelsesgrad og af overkapaciteten. Med en større udnyttelsesgrad opnås der skalafordele, hvorved forarbejdningsomkostningerne nedbringes. Overkapacitet øger konkurrencen mellem forarbejdningsvirksomhederne ved salget af oksekød og medfører derfor faldende priser. I undersøgelsen forudses endvidere, at virksomhedernes faldende rentabilitet i det lange løb vil føre til, at aktører i forarbejdningssektoren forlader markedet.

9. I markedsundersøgelsen foreslås som løsning, at antallet af virksomheder i forarbejdningsindustrien nedbringes. Ved hjælp af en kompensationsmodel skal virksomheder tilskyndes til at forlade markedet. I markedsundersøgelsen fremhævedes omkostningsfordelene for forarbejdningsindustrien som helhed, og disse blev anslået til 18 mio. irske pund (IEP); effektivitetsfremmende ledsageforanstaltninger kunne medføre omkostningsfordele på yderligere 14 mio. IEP.

10. Et oksekødsudvalg (Beef Task Force), som var oprettet af det irske landbrugs- og fødevareministerium, afgav betænkning i 1999. Dette tilsluttede sig resultaterne af markedsundersøgelsen og opfordrede forarbejdningsindustrien til at gennemføre undersøgelsen.

11. I 2002 oprettede forarbejdningsvirksomheder Beef Industry Development Society Ltd (herefter »BIDS«). BIDS' nuværende medlemmer tegner sig ca. 93% af det oksekød, der udbydes i Irland. Det er BIDS' selskabsformål at gennemføre markedsundersøgelsen fra konsulentfirmaet og betænkningen fra oksekødsudvalget. Med henblik herpå har BIDS udarbejdet en foranstaltning (herefter »BIDS-foranstaltning«). Det er formålet med BIDS-foranstaltningen at nedsætte den samlede kapacitet i forarbejdningsindustrien med 25% inden for et år. Med henblik herpå fastsætter BIDS-foranstaltningen følgende:

12. En del af forarbejdningsvirksomhederne, som er medlem af BIDS (herefter »udtrædende«), skal i aftaler med BIDS forpligte sig til at udtræde af forarbejdningsindustrien, tage sine forarbejdningsanlæg ud af drift og overholde en toårig konkurrenceklausul (herefter »udtrædelsesaftaler«). Udtrædelsesaftalerne skal endvidere indeholde forpligtelser til ikke at anvende fast ejendom knyttet til anlæg, der er taget ud af drift, til forarbejdning af kvæg i en periode på fem år (herefter »anvendelsesbegrænsning«) og alene sælge det udstyr, der er anvendt til primær forarbejdning af oksekød, til forarbejdningsvirksomheder i Irland til brug som reserveudstyr eller reservedele og ellers kun uden for Irland (herefter »rådighedsbegrænsning«). Der er ikke fastsat mulighed for at tage enkelte af

en forarbejdningsvirksomheds anlæg ud af drift. BIDS har allerede indgået en udtrædelsesaftale med forarbejdningsvirksomheden Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (herefter »Barry Brothers«).

13. Til opvejning heraf skal de udtrædende kompenseres af BIDS. I forholdet indadtil skal kompensationsbetalingerne finansieres af de medlemmer af BIDS, der forbliver i forarbejdningsindustrien (herefter »tilbageblivende«).

14. Afgiftsbetalingerne er gradueret: For så vidt de tilbageblivende ikke overskrider deres traditionelle andel af slagtningerne, skal de betale en afgift på 2 EUR pr. forarbejdet stykke kvæg, men overskrider de deres traditionelle andel af slagtningerne, stiger afgiften for hvert stykke kvæg ud over denne andel til 11 EUR pr. forarbejdet stykke kvæg. Den traditionelle andel af slagtningerne retter sig efter forarbejdningsvirksomhedens gennemsnitlige andel af slagtningerne i de tre seneste år forud for gennemførelsen af BIDS-foranstaltningen.

B — *Proceduren for den irske konkurrencemyndighed og tvisten i hovedsagen*

15. Under udarbejdelsen af BIDS-foranstaltningen rådførte BIDS sig med den irske konkurrencemyndighed, Competition Authority (herefter »Competition Authority«). Competition Authority gjorde den 5. og den 26. juni 2003 BIDS opmærksom på, at den ikke anså BIDS-foranstaltningen og udtrædelsesaftalen med Barry Brothers (i det følgende betegnes BIDS-foranstaltningen og udtrædelsesaftalen med Barry Brothers under ét som »BIDS-aftaler«) for at være forenelige med de irske konkurrenceregler. Den 30. juni 2003 nedlagde Competition Authority ved den irske High Court (herefter »High Court«) påstand om, at det blev fastslået, at BIDS-aftalerne var i strid med artikel 81 EF.

16. High Court afslog ved dom af 27. juli 2006 Competition Authoritys begæring med den begrundelse, at BIDS-aftalerne ikke var omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF. BIDS-aftalerne havde ikke til formål at begrænse konkurrencen, da de hverken vedrørte en prisaftale, en fordeling af kunder eller en begrænsning af produktionen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, litra a)-c), EF. Nedsættelsen af den samlede kapacitet kunne ikke betragtes som en begrænsning af produktionen. Endvidere havde BIDS-aftalerne ikke til følge at begrænse konkurrencen. En nedsættelse af den samlede kapacitet med 25% kunne kun begrænse konkurrencen, hvis den førte til en mangel på kapacitet, som forårsagede stigende priser. Da den samlede produktion af oksekød i Irland ikke ville stige i fremtiden, men snarere havde tendens til at falde, var det også med en nedsættelse af den samlede kapacitet på 25% sikret, at alt kvæg ville blive forarbejdet. Priserne ville formentlig heller ikke stige. Afgiftsbetalingerne ville ganske vist øge virksomhedernes

forarbejdningsomkostninger. En prisstigning kunne imidlertid navnlig udelukkes, fordi nedsættelsen af den samlede kapacitet ville betyde skalafordele for de tilbageblivende, og forarbejdningsvirksomhedernes aftagere havde en stærk forhandlingsposition.

17. Anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne udgjorde heller ingen begrænsning af konkurrencen. I den aktuelle situation på markedet var det ganske vist ikke økonomisk rentabelt at opføre nye forarbejdningsanlæg. Potentielle konkurrenter kunne imidlertid komme ind på markedet ved at købe andre forarbejdningsanlæg (dvs. af tilbageblivende eller af virksomheder, der ikke var medlem af BIDS).

18. BIDS-aftalerne er derfor ikke så kritisable, at de kan anses for at have et konkurrencebegrænsende formål.

19. High Court var endvidere af den opfattelse, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF ikke var opfyldt. BIDS havde ikke bevist, at forbrugerne ville opnå en rimelig andel af fordelene. Artikel 81, stk. 3, EF fandt imidlertid ikke anvendelse, da allerede det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF ikke var opfyldt.

20. Competition Authority anfægtede High Courts afgørelse ved den irske Supreme Court (herefter »Supreme Court«).

C — *Det præjudicielle spørgsmål*

21. Supreme Court er af den opfattelse, at sagen rejser et fortolkningsspørgsmål med hensyn til artikel 81, stk. 1, EF, som er af betydning for dens afgørelse i hovedsagen. Den har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF:

»Når retten finder, at det er fastslået, at:

a) der er overkapacitet i oksekødsforarbejdningsindustrien, som beregnet efter de maksimalt forarbejdede mængder er ca. 32%

b) virkningen af denne overskudskapacitet vil have meget alvorlige følger for rentabiliteten i industrien som helhed på mellemlang sigt

c) mens virkningerne af de krav, som den overskydende kapacitet stiller, ikke har været følelig i betydelig grad indtil nu, har uafhængige konsulenter udtalt, at det er usandsynligt, at overkapaciteten i den nærmeste fremtid vil blive elimineret ved normale markedsforanstaltninger, men at overkapaciteten på længere sigt vil føre til meget betydelige tab og til syvende og sidst foranledige, at forarbejdningsvirksomheder og anlæg forlader industrien

d) oksekødsforarbejdningsvirksomheder, der repræsenterer ca. 93% af markedet for denne industris oksekødsforsyning, har aftalt at tage skridt til at eliminere overkapaciteten og er villige til at betale en afgift for at tilvejebringe midler til betalinger til forarbejdningsvirksomheder, der er villige til at indstille produktionen, og de nævnte forarbejdningsvirksomheder, der omfatter ti selskaber, danner en gruppe med status som juridisk person (»society«) [3] med det formål at gennemføre en foranstaltning med følgende kendetegn:

1) Virksomheder [... [4]], der slagter og forarbejder 420 000 dyr om året, hvilket udgør ca. 25% af den aktive kapacitet, indgår en aftale med de resterende selskaber [... [5]] om at forlade industrien og opfylde følgende betingelser:

2) De udtrædende underskriver en toårig konkurrenceklausul for forarbejdning af kvæg på hele øen Irland.

3) De udtrædendes anlæg tages ud af drift.

4) Arealer i tilknytning til de anlæg, der tages ud af drift, anvendes ikke til forarbejdning af oksekød i en periode på fem år.

3 — Hermed menes BIDS.

4 — Tilføjelsen »(kaldet »udtrædende«)« er udeladt.

5 — Tilføjelsen »(kaldet »tilbageblivende«)« er udeladt.

5) Der betales kompensation til de udtrædende etapevis ved lån, der ydes af de tilbageblivende til »society«.

6) Der betales en frivillig afgift til »society« af alle tilbageblivende på 2 EUR for hvert stykke kvæg, der slagtes inden for den traditionelle procentdel, og på 11 EUR pr. stykke kvæg, der slagtes ud over dette tal.

7) Afgiften anvendes til at tilbagebetale de tilbageblivendes lån; afgifterne opkræves ikke længere, når lånene er tilbagebetalt.

8) De udtrædendes udstyr til primær oksekødsforarbejdning sælges alene til tilbageblivende til brug som reserveudstyr eller reservedele eller sælges uden for øen Irland.

9) De tilbageblivendes frihed med hensyn til produktion, prisfastsættelse, salgsbetingelser, import og eksport, forøgelse af kapaciteten og i øvrigt berøres ikke,

og at der er enighed om, at en sådan aftale med hensyn til anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF sandsynligvis vil have en mærkbar virkning på samhandelen mellem medlemsstater, skal en sådan foranstaltning da anses for at have til formål — til forskel fra at have til følge — at hindre, at begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet og derfor er uforenelig med artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

22. Den præjudicielle forelæggelse indgik til Domstolen den 20. april 2007. BIDS, Competition Authority, den belgiske regering og Kommissionen har indgivet indlæg under den skriftlige forhandling. Under retsmødet den 4. juni 2008 har Competition Authority, BIDS og Kommissionen suppleret deres argumenter.

V — Parternes argumenter

23. Der er enighed mellem BIDS, Competition Authority, Kongeriget Belgien og Kommissionen med hensyn til følgende punkter: I artikel 81, stk. 1, EF sondres der mellem konkurrencebegrænsende formål og virkning. I forbindelse med konkurrencebegrænsende formål skal der ikke påvises nogen

virkning. Ved undersøgelsen af, om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, skal der ikke kun tages hensyn til aftalens indhold, men også den retlige og økonomiske sammenhæng.

24. Partnerne er uenige med hensyn til spørgsmålene, hvornår der kan antages at foreligge et konkurrencebegrænsende formål, og om BIDS-aftalerne er omfattet af denne definition, idet BIDS er af den opfattelse, at BIDS-aftalerne ikke har et konkurrencebegrænsende formål, mens Competition Authority, Kongeriget Belgien og Kommissionen er af den modsatte opfattelse.

25. *BIDS* har sidestillet konkurrencebegrænsende formål med alvorlige konkurrencebegrænsninger og aftaler, som i sig selv begrænser konkurrencen. Denne kategori af aftaler skal efter BIDS' opfattelse fortolkes strengt og omfatter kun et begrænset antal alvorlige konkurrencebegrænsninger såsom prisaftaler, produktionsbegrænsninger eller opdeling af markeder eller fordeling af kunder. Kun i forbindelse med sådanne så åbenbare og skadelige aftaler foreligger der et konkurrencebegrænsende formål.

26. BIDS er af den opfattelse, at BIDS-aftalerne ikke har et konkurrencebegrænsende formål. Tages den retlige og økonomiske sammenhæng for BIDS-aftalerne i betragtning, bliver det klart, at disse ikke skal anses for at have konkurrencebegrænsende formål. BIDS har i denne forbindelse navnlig påberåbt sig High Courts konstateringer om, at det ikke vil resultere i en begrænsning af den samlede produktion og prisstigninger. Det fremgår af dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen [6], at der skal tages hensyn til sådanne omstændigheder. Endvidere vil de tilbageblivendes frihed med hensyn til deres produktionsmængder, markedsandele og priser ikke blive begrænset. Det skal desuden tages i betragtning, at BIDS-aftalerne har det legitime mål at eliminere overskydende kapacitet. Afgiftsbetalingerne, konkurrenceklausulen og anvendelses- og rådighedsbestemmelserne er nødvendige foranstaltninger for at nå dette mål. Endvidere har BIDS ikke handlet i hemmelighed.

27. Tages der hensyn til disse omstændigheder, fremgår det efter BIDS' opfattelse, at BIDS-aftalerne ikke er så åbenbare og ikke så konkurrencestridige, at de kan henføres til kategorien konkurrencebegrænsende formål.

28. Efter *Competition Authoritys* opfattelse har åbenbare eller alvorlige konkurrencebegrænsninger et konkurrencebegrænsende formål. Der findes imidlertid ingen udtømmende liste over åbenbare eller alvorlige konkurrencebegrænsninger. Det er ikke

6 — Dom af 27.9.2006, sag T-168/01, Sml. II, s. 2969.

nødvendigt at undersøge parternes målsætninger. På grundlag af dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen [7] kan der ikke drages nogen konklusioner med hensyn til den foreliggende sag.

29. Det fremgår af indholdet af BIDS-aftalerne, at disse har et konkurrencebegrænsende formål. Competition Authority har i denne forbindelse henvist til, at forarbejdningsvirksomheder, som tegnede sig for ca. 25% af den samlede kapacitet, havde planlagt at forlade forarbejdningsindustrien. Efter myndighedens opfattelse indebærer dette en begrænsning af produktionen, men i det mindste en ligeledes konkurrencemæssig begrænsning af kapaciteten. Endvidere har Competition Authority henvist til stigningen i priserne som følge af afgiftsbetalingerne, anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne for de udtrædende og den omstændighed, at de tilbageblivende ikke nødvendigvis er de mest effektive forarbejdningsvirksomheder. Også disse elementer i BIDS-aftalerne skal efter myndighedens opfattelse anses for at have konkurrencebegrænsende formål.

30. Der skal tages hensyn til de positive virkninger af BIDS-aftalerne i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

31. I forbindelse med fortolkningen af begrebet konkurrencebegrænsende formål har *Kongeriget Belgien* påberåbt sig opbygningen af artikel 81 EF. På baggrund af, at det siden ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003 har påhvilet virksomhederne selv at oplyse om aftaler, er det nødvendigt at fremhæve forskellen mellem artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF. I forbindelse med undersøgelsen i henhold til artikel 81, stk. 1, EF undersøges det kun, om der foreligger en begrænsning af konkurrencen. Dette adskiller sig fra spørgsmålet, om en aftale, som er omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF, kan være forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

32. Efter Kongeriget Belgiens opfattelse har en aftale, som tager sigte på en rationalisering af forarbejdningsindustrien og ønsker at opnå denne, ved at forarbejdningsvirksomheder, som tegner sig for 25% af den samlede kapacitet, forlader markedet, til formål at ændre markedsforholdene. BIDS-aftalerne har således et konkurrencebegrænsende formål.

33. *Kommissionen* har anført, at Fællesskabets retsinstansers praksis vedrørende begrebet konkurrencebegrænsende formål ganske vist i begyndelsen vedrørte tilfælde i forbindelse med alvorlige konkurrencebegrænsninger. Fællesskabets retsinstanser har imidlertid også anset aftaler, som forfulgte legitime formål, for at have et konkurrencebegrænsende formål. Forfølgelsen af et legitimt formål udelukker således ikke, at der kan antages at foreligge et konkurrencebegrænsende formål. Artikel 81, stk. 1, EF finder derfor også anvendelse på aftaler, som har til

7 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

formål at overvinde en krise. En anden opfattelse er ikke forenelig med opbygningen af artikel 81 EF. Endvidere er det ikke en betingelse, at begrænsningen af konkurrencen er åbenbar. Det er heller ikke relevant, om BIDS-aftalerne blev forhandlet og indgået hemmeligt eller offentligt.

34. Med hensyn til vurderingen af BIDS-aftalerne følger Kommissionen i det væsentlige Competition Authoritys opfattelse.

VI — Retlig vurdering

35. Da parterne har en forskellig forståelse af begrebet konkurrencebegrænsende formål, vil jeg indledningsvis behandle dette (A), inden jeg undersøger, om aftaler som BIDS-aftalerne har til formål at begrænse konkurrencen (B). På baggrund heraf vil jeg se nærmere på, hvordan de enkelte elementer i disse aftaler skal vurderes med hensyn til situationen i artikel 81, stk. 1, litra b), EF og den generelle bestemmelse i artikel 81, stk. 1, EF (C).

A — *Begrebet konkurrencebegrænsende formål*

36. Som anført ovenfor vedrører det præjudicielle spørgsmål ganske vist kun fortolkningen af begrebet konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF. Dette begreb kan imidlertid ikke fortolkes uden at tage den lovmæssige sammenhæng, som det indgår i, i betragtning. Jeg vil derfor nedenfor først behandle indholdet, opbygningen og anvendelsen af artikel 81 EF (1) og derpå komme ind på, hvad der skal forstås ved et konkurrencebegrænsende formål (2).

1. Indhold, opbygning og anvendelse af artikel 81 EF

a) Opbygning af artikel 81 EF

37. I henhold til artikel 81, stk. 1, EF er alle aftaler mellem virksomheder, som har til formål eller til følge at begrænse konkur-

rencen mærkbart, principielt forbudt [8]. Det er to alternative situationer at have en begrænsning af konkurrencen til formål eller til følge [9]. Er det ubestridt, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke afgørende, om den faktisk har til følge at begrænse konkurrencen [10]. Med hensyn til det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF er det således tilstrækkeligt, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen.

38. Det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF kan imidlertid erklæres for uanvendeligt i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Dette kræver opfyldelse af fire kumulative betingelser, hvoriblandt for det første hører, at aftalen bidrager til at opnå en fordel gennem et bidrag til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling, for det andet, at forbrugerne sikres en rimelig andel af denne fordel. Andre betingelser er, at aftalen for det tredje ikke må pålægge virksomhederne begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og for det fjerde ikke må give virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

39. Artikel 81 EF foreskriver derfor en *undersøgelse i to trin*. En aftale er således forenelig med fællesmarkedet, hvis den enten ikke er omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF eller ganske vist er omfattet af dette principielle forbud, men opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF. Med konstateringen af, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen og derfor er omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF, er det sidste ord dermed endnu ikke sagt med hensyn til, om denne aftale er uforenelig med fællesmarkedet. Denne sondring mellem artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF skal tages i betragtning ved undersøgelsen af, hvornår der foreligger et konkurrencebegrænsende formål som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF.

b) Anvendelse af artikel 81 EF

40. Inden den 1. maj 2004 spillede sondringen mellem artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF en vigtig rolle i processuel henseende. I henhold til artikel 4, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 [nu artikel 81 EF] og 86 [nu artikel 82 EF] [11] gjaldt et forbudssystem, hvorfra der kunne gøres undtagelser: En aftale, som faldt ind under det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF og ikke var

8 — Jf. den fulde ordlyd af artikel 81, stk. 1, EF i punkt 3 i dette forslag til afgørelse.

9 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, LTM, Sml. 1965-1968, s. 211, org. ref.: Rec. s. 337, på s. 360.

10 — LTM-dommen, nævnt i fodnote 9, s. 360, og dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429, på s. 496.

11 — EFT 1959-1962, s. 81.

omfattet af en gruppefritagelsesforordning, skulle anmeldes til Kommissionen. Kun Kommissionen kunne fritage en sådan aftale fra det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF.

41. Med ikrafttrædelsen af forordning nr. 1/2003 [12] er der i stedet for dette system indført et selvangivelsessystem. Aftaler, som er omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF, men opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF, er ikke forbudt, uden at dette først skal fastslås af Kommissionen [13]. Principielt påhviler det nu de pågældende virksomheder — i givet fald med bistand fra en advokat — at undersøge, om betingelserne i artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF foreligger [14].

2. Konkurrencebegrænsende formål

42. Formålet med aftalen skal være en *konkurrencebegrænsning*. Det er ganske vist vanskeligt at bestemme dette kriterium nærmere [15]. Artikel 81 EF beskytter navnlig konkurrencen med hensyn til målet om dannelse af et enhedsmarked med hjemmemarkedslignende forhold og målet om at sikre forbrugerne fordele [16]. Ved undersøgelsen af, om en aftale griber ind i dette beskyttelsesværdige gode, lægger Fællesskabets retsinstanser vægt på, om aftalen begrænser en eller flere virksomheders frihed til uafhængigt at kunne fastlægge deres politik på markedet (krav om uafhængighed), og om denne begrænsning af friheden medfører, at markedsforholdene påvirkes mærkbart [17].

43. Ved undersøgelsen af, om en aftale har *til formål* at begrænse konkurrencen, skal der ifølge Fællesskabets retsinstansers praksis lægges vægt på aftalens indhold under hensyntagen til dens retlige og økonomiske sammenhæng [18]. Nedenfor vil jeg først komme ind på, efter hvilket kriterium det skal vurderes, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen (a). Derpå vil jeg undersøge, om begrebet er begrænset til

12 — Forordning nr. 1/2003 trådte i kraft den 1.5.2004.

13 — Artikel 1, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1/2003.

14 — Undersøgelsen i to trin i henhold til artikel 81 EF spiller imidlertid en rolle i forbindelse med fordelingen af bevisbyrden. I henhold til artikel 2 i forordning nr. 1/2003 bærer den part eller myndighed, som påberåber sig det principielle forbud i artikel 81 stk. 1, EF, bevisbyrden for, at betingelserne herfor er opfyldt, mens den part, der påberåber sig, at dette principielle forbud ikke finder anvendelse, skal bevise, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF er opfyldt.

15 — Vedrørende begrebet konkurrencebegrænsning jf. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 6. oplag 2008, punkt 2.062-2.120; Wish, R., *Competition Law*, London, 5. oplag 2003, s. 106-128; Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, punkt 2.56-2.99.

16 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 20, af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 117, og af 23.11.2006, sag C-238/05, Asnef-Equifax og Administración del Estado, Sml. I, s. 11125, præmis 52; navnlig vedrørende aspektet forbrugernes velfærd jf. Leupold, H., Weidenbach, G., »Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag?«, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, s. 1003, på s. 1008, fodnote 28 med yderligere henvisninger.

17 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 117, og dommen i sagen Asnef-Equifax og Administración del Estado, præmis 52, begge nævnt ovenfor i fodnote 16. Principielt vedrørende mærkbarhed: dom af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, Sml. 1969, s. 69, org.ref.: Rec. s. 295, præmis 5-7.

18 — LTM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, s. 360, dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679, præmis 25-28, præmis 26, og dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 110.

åbenbare konkurrencebegrænsninger (b), og om der findes en udtømmende liste over konkurrencebegrænsende formål (c). Til sidst vil jeg redegøre for, hvilke omstændigheder med hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng der kan være relevante for, om der foreligger en konkurrencebegrænsning, og hvilke ikke (d).

a) Relevant kriterium

44. På grundlag af sin ordlyd vedrører begrebet konkurrencebegrænsende formål først og fremmest formålet med aftalen. Fællesskabets retsinstanser har navnlig antaget, at en aftale har en konkurrencebegrænsende målsætning eller tendens, når aftalen nødvendigvis har en konkurrencebegrænsning til følge [19]. I dette tilfælde kan parterne principielt ikke påberåbe sig, at de ikke har haft til hensigt at begrænse konkurrencen, eller at de også har forfulgt et andet mål med aftalen [20].

45. Det kan imidlertid ikke sluttes af denne retspraksis, at parternes vilje ikke kan tages i betragtning. Den giver alene udtryk for, at rationelt handlende virksomheder vil forvente de efter omstændighederne nærliggende virkninger af aftalen, således at de i det mindste i en vis udstrækning har villet disse virkninger [21].

46. Det alternative forhold mellem at have begrænsninger af konkurrencen til formål og til følge i artikel 81, stk. 1, EF [22] og den omstændighed, at artikel 81, stk. 1, EF i forbindelse med konkurrencebegrænsende formål er udformet som et abstrakt faredelikt [23], viser snarere, at der ikke alene skal lægges vægt på de nødvendige følger af en aftale. Aftaleparternes vilje kan ligeledes tages i betragtning [24]. Der kan navnlig drages

19 — Dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller International Schallplatten mod Kommissionen, Sml. s. 131, præmis 7, og dommen i sagen CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 25-28.

20 — Dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 24, dommen i sagen Miller International Schallplatten mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 7, og dommen i sagen CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 25-28.

21 — Som generaladvokat Tizzano med rette har konstateret i punkt 77 i sit forslag til afgørelse i sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, dom af 6.4.2006, Sml. I, s. 3173, kan parter endvidere ikke påberåbe sig, at de ikke har haft kendskab til forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF (*ignorantia legis non excusat*). Jf. tillige Emmerich, V. i: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, bind 1, München, 4. oplag 2007.

22 — Jf. punkt 37 i dette forslag til afgørelse.

23 — Jf. s. 945 i forslag til afgørelse fra dommer Vesterdorf som udpeget generaladvokat i de forenede sager T-1/89 — T-4/89 og T-6/89 — T-15/89, Rhône-Poulenc m.fl. mod Kommissionen, dom af 24.10.1991, Sml. II, s. 867.

24 — Jf. punkt 78 i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i sagen General Motors mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21; Odudu, O., »Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention«, *European Law Review*, 2001, s. 61 og 62.

konklusioner med hensyn til parternes vilje på grundlag af aftalens tilblivelse [25].

b) Åbenbare konkurrencebegrænsninger?

47. Det fremgår af det ovenfor anførte, at kategorien konkurrencebegrænsende formål ikke kan begrænses til aftaler, som åbenbart begrænser konkurrencen. Når ikke kun en aftales indhold, men også dens retlige og økonomiske sammenhæng skal tages i betragtning, kan kvalificeringen som konkurrencebegrænsende formål ikke afhænge af, om dette formål kan ses ved første øjekast eller først åbenbarer sig ved en nærmere undersøgelse af omstændighederne og parternes vilje [26].

c) Udtømmende liste?

48. Efter min opfattelse kan begrebet konkurrencebegrænsende formål heller ikke begrænses til en udtømmende liste. Allerede ordet »navnlig« i artikel 81, stk. 1, EF gør det klart, at de konkurrencebegrænsninger, der er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF, ikke er begrænset til de konkurrencebegrænsninger, der er anført i artikel 81, stk. 1, litra a)-f), EF. Derfor kan begrebet konkurrencebegrænsende formål heller ikke begrænses til eksemplerne i artikel 81, stk. 1, litra a)-c), EF [27].

49. Endvidere kan begrebet konkurrencebegrænsende formål ikke begrænses til prisaftaler, deling af markedet eller afsætnings-

25 — Punkt 78 i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 24.

26 — Jf. præmis 24 i dommen i sagen IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 20, hvori Domstolen analyserede et kontrolsystem baseret på godkendelsesmærkater. Det fremgår også af præmis 60, 64 og 65 i dommen i sagen General Motors mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21, at det ikke er nødvendigt, at begrænsningen er åbenbar. Noget andet fremgår heller ikke af præmis 136 i dom af 15.9.1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3141. For så vidt som Retten har fastslået i denne dom, at det i forbindelse med åbenlyse begrænsninger som f.eks. prisaftaler, deling af markedet eller afsætningskontrol ikke er nødvendigt at undersøge den retlige og økonomiske sammenhæng, viser dette kun, at der i entydige tilfælde kan tages summarisk hensyn til den retlige og økonomiske sammenhæng. Heraf kan det imidlertid ikke udledes, at begrebet konkurrencebegrænsende formål er begrænset til disse entydige tilfælde.

27 — På samme måde: Aicher, J./Schumacher, F., i: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, bind 2, München, 34. supplement januar 2008, artikel 81, punkt 1; Bellamy & Child, a.st. (fodnote 15), fodnote 402 til punkt 2.097, hvor der med rette henvises til, at også andre aftaler kan have til formål at begrænse konkurrencen. I Wish, R., a.st. (fodnote 15), s. 106, henvises der ligeledes til, at der er tale om en opregning af eksempler.

kontrol. Den omstændighed, at Fællesskabets retsinstanser har beskæftiget sig med disse typer af konkurrencebegrænsninger i mange afgørelser, betyder ikke, at aftaler, der har en anden genstand, ikke kan have til formål at begrænse konkurrencen [28].

d) Retlig og økonomisk sammenhæng

50. Som allerede nævnt skal ved undersøgelsen af, om en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, ikke kun dens indhold, men også dens retlige og økonomiske sammenhæng tages i betragtning [29]. Denne betingelse skal tages alvorligt. Den skal imidlertid ikke forstås som indfaldsport for alle omstændigheder, som taler for, at en aftale er forenelig med fællesmarkedet. Det fremgår derimod af opbygningen af artikel 81 EF, at der i henhold til artikel 81, stk. 1, EF kun skal tages hensyn til de omstændigheder i forbindelse med den retlige og økonomiske sammenhæng, som kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning [30].

51. Jeg vil nedenfor redegøre for tre situationer, hvor der på grund af aftalens faktiske og retlige sammenhæng ikke kan antages at foreligge en konkurrencebegrænsning, eller hvor dette i det mindste kan være tvivlsomt [31]:

52. Den *første situation* vedrører tilfælde, hvor en begrænsning af virksomhedernes frihed til uafhængigt at kunne fastlægge deres politik på markedet ikke har nogen konkurrencemæssige virkninger. Dette kan være tilfældet, hvis der hersker tvivl om, hvorvidt de virksomheder, der deltager i aftalen, konkurrerer indbyrdes [32]. Et andet

28 — Jf. Wish, R., a.st. (fodnote 15), s. 112-114. Selv om der deri forfægtes en meget restriktiv forståelse af begrebet konkurrencebegrænsende formål (om der på grundlag af artikel 81 stk. 1, EF i sig selv findes en kategori af konkurrencebegrænsninger (ibidem, s. 116 og 117), er tvivlsomt), tilkendegives det udtrykkeligt, at listen over disse aftaler ikke er udtømmende. Imod en begrænsning af begrebet til disse typer af konkurrencebegrænsninger taler også forholdet mellem artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF. I artikel 81, stk. 1, EF undersøges det kun, om aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Med konstateringen af, at aftalen har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, er det sidste ord med hensyn til, om en aftale er forenelig med fællesmarkedet, dermed endnu ikke sagt. En aftale kan derimod være forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Aftaler, som vedrører prisaftaler, deling af markeder eller afsætningskontrol, er imidlertid kendetegnet ved at være særligt skadelige. De er derfor i reglen ikke forenelige med fællesmarkedet. Hvis man imidlertid begrænser begrebet konkurrencebegrænsende formål til disse særligt skadelige typer, overser man, at også konkurrencebegrænsende formål kan være forenelige med fællesmarkedet i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. En sådan tilgang er efter min opfattelse ikke forenelig med artikel 81 EF's struktur. Jf. tillige Bellamy & Child, a.st. (fodnote 15), fodnote 291 til punkt 2069.

29 — Jf. punkt 43 i dette forslag til afgørelse.

30 — Jf. i denne henseende navnlig dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 114-128.

31 — Disse situationer er ganske vist ikke så skarpt afgrænset, at hvert enkelt tilfælde præcist kan henføres til kun én af de tre situationer. I relation til den foreliggende sag er det imidlertid tilstrækkeligt at undersøge, om en aftale kan henføres til mindst én af de tre situationer.

32 — Dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26: potentiel konkurrence ikke påvist.

eksempel er tilfælde, hvor der hersker tvivl om, hvorvidt der overhovedet er en tilstrækkeligt konkurrence, der kan begrænses af aftalen [33].

53. Den *anden situation* vedrører tilfælde, hvor en aftale er ambivalent med hensyn til sine virkninger på konkurrencen. Har en aftale et konkurrencefremmende formål, f.eks. for at styrke konkurrencen på et marked, åbne et marked eller give en ny konkurrent adgang til et marked, kan den i denne henseende nødvendige begrænsning af kravet om uafhængighed ved en helhedsbetragtning vige for det konkurrencefremmende formål [34].

54. Den *tredje situation* vedrører accessoriske aftaler, som er nødvendige for at forfølge et hovedmål [35]. I forbindelse med denne præjudicielle forelæggelse skal der foretages følgende sondring i denne henseende: Er det forfulgte hovedmål ikke omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF, fordi det er konkurrenceneutralt eller konkurrencefremmende, er de accessoriske aftaler, som er nødvendige for at nå dette mål, heller ikke omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF [36]. Der kan ikke antages at foreligge en konkurrencebegrænsning i disse tilfælde. Er det forfulgte hovedmål derimod omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF, foreligger der en konkurrencebegrænsning [37].

55. Omstændigheder, som ikke kan rejse tvivl om, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, såsom forbedring af vareproduktionen

33 — Dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 114-147: tvivl om virkninger på priskonkurrence, da priser over for endelige forbrugere som følge af lovbestemmelser i vidt omfang ikke bestemmes af udbud og efterspørgsel. Jeg vil behandle denne dom nærmere i punkt 74 og 75 i dette forslag til afgørelse.

34 — LTM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, s. 361: eneforhandlingsret med henblik på indtrængen på et marked, dom af 8.6.1982, sag 258/78, Nungesser og Eisele mod Kommissionen, Sml. s. 2015, præmis 44-58: overdragelse af en åben licens til udbredelse af ny teknologi; dommen i sagen Metro SB-Großmärkte mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 20-22: afsætningskanaler, som er tilpasset teknisk udviklede produkter af høj kvalitet.

35 — Eksempler på accessoriske aftaler er konkurrenceklausuler, uden hvilke en virksomhedsoverdragelse ikke ville være mulig (dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 19 og 20), forbud mod deltagelse eller aktivitetsbegrænsninger, for så vidt disse er nødvendige for driften af et selskab med et formål, der ikke giver anledning til konkurrencemæssige problemer (dom af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 30-45), samt aktivitetsbegrænsninger, som er nødvendige for bestemmelsen af de fagetiske regler for liberale erhverv (dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 97) eller for dopingfri sport (dom af 18.7.2006, sag C-519/04, Meca-Medina og Majcen mod Kommissionen, Sml. I, s. 6991, præmis 42-44).

36 — Med rette: Bellamy & Child, a.st. (fodnote 15), punkt 2.112.

37 — I relation til den foreliggende sag er det ikke nødvendigt at tage stilling til, om begrebet accessorisk aftale også finder anvendelse i disse tilfælde (jf. Bellamy & Child, a.st.) eller kun artikel 81, stk. 3, EF.

gennem skalafordele, kan — selv om de i sidste instans må vurderes som positive for en aftales forenelighed med artikel 81 EF — ikke tages i betragtning inden for rammerne af artikel 81, stk. 1, EF, men alene inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF [38].

56. Denne sondring fremgår allerede af ordlyden af artikel 81, stk. 3, EF, som præciserer, at denne form for virkninger af en aftale skal tages i betragtning på grundlag af artikel 81, stk. 3, EF. Denne sondring er baseret på følgende tankegang: Artikel 81 EF's generelle udformning har til formål at sikre forbrugerne optimale forsyninger [39]. På grundlag af henholdsvis artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF tages dog *forskellige aspekter* af forbrugernes velfærd i betragtning. I henhold til artikel 81, stk. 1, EF er aftaler, der begrænser konkurrencen mellem markedsaktørerne og dermed navnlig dens funktion med hensyn til optimalt at forsyne forbrugerne med et produkt til lavest mulige pris [40] eller med innovative produkter [41], principielt forbudt [42]. Sådanne aftaler påvirker umiddelbart forbrugernes velfærd og er dermed principielt forbudt.

57. Artikel 81, stk. 3, EF anerkender imidlertid, at aftaler, som begrænser konkurrencen mellem markedsaktørerne, navnlig kan medføre en nedsættelse af produktionsomkostningerne, og at nedsættelsen af produktionsomkostningerne indirekte kan bidrage til forbrugernes velfærd [43]. Men da nedsættelsen af produktionsomkostningerne i første omgang umiddelbart kommer producenterne til gode [44], er en sådan aftales forenelighed med fællesmarkedet i henhold til artikel 81, stk. 3, EF navnlig betinget af, at forbrugerne sikres en rimelig andel af de opnåede fordele. Fællesskabslovgiver har bevismæssigt gennemført denne tankegang således, at det påhviler parterne i en konkurrencebegrænsende aftale at bevise, at den opfylder betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF, navnlig at forbrugernes sikres en rimelig andel af fordelene [45].

58. Derfor kan omstændigheder, som ikke kan rejse tvivl om, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, navnlig effektivitetsgevinster i forbindelse med produktionen gennem skalafordele, selv om de i sidste instans må vurderes som positive for aftalens

38 — Dom af 10.3.1992, sag T-14/89, Montedipe mod Kommissionen, Sml. II, s. 1155, præmis 265, af 6.4.1995, sag T-148/89, Tréfilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 109, og af 18.9.2001, sag T-112/99, M6 m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2459, præmis 72-74.

39 — H. Leupold., G. Weidenbach, a.st. (fodnote 16), s. 1008, fodnote 28 med yderligere henvisninger.

40 — Konkurrencens funktion i denne henseende kan navnlig påvirkes af aftaler om priser, om begrænsninger af produktionen [artikel 81, stk. 1, litra a), EF] samt om en opdeling af markeder [artikel 81, stk. 1, litra c), EF].

41 — Konkurrencens funktion i denne henseende kan navnlig påvirkes af aftaler, hvorved investeringer begrænses [artikel 81, stk. 1, litra a), EF].

42 — H. Leupold, G. Weidenbach, a.st. (fodnote 16), s. 1008 og 1009, som betegner disse funktioner som allokative og dynamiske effektivitetsgevinster; O. Odudu, »Art. 81(3), Discretion and Direct Effect«, *European Competition Law Review 2002*, s. 20.

43 — H. Leupold, G. Weidenbach, a.st. (fodnote 16), s. 1008 og 1009, betegner disse som produktive effektivitetsgevinster; O. Odudu, »Art. 81(3), Discretion and Direct Effect«, a. st. (fodnote 42), s. 20.

44 — O. Odudu, »Art. 81(3), Discretion and Direct Effect«, a.st. (fodnote 42), s. 20.

45 — Jf. artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

forenelighed med artikel 81 EF, ikke tages i betragtning inden for rammerne af artikel 81, stk. 1, EF, men alene inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF [46].

3. Konklusion

59. På baggrund af ovenstående kan BIDS' restriktive forståelse derfor ikke følges. Antagelsen af, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, forudsætter ingen åbenbar konkurrencebegrænsning. Endvidere findes der ingen udtømmende liste over konkurrencebegrænsende formål. Den retlige og økonomiske sammenhæng skal tages i betragtning, for så vidt som den kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning. Selv hvis andre omstændigheder skal vurderes positivt med hensyn til fællesmarkedet, skal de først tages i betragtning inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF.

B — *Har aftaler som BIDS-aftalerne til formål at begrænse konkurrencen?*

60. Lad mig indledningsvis bemærke, at artikel 81, stk. 1, EF finder anvendelse på forarbejdningsindustriens aktiviteter og produkter [47]. Som nævnt ovenfor [48] følges følgende fremgangsmåde ved undersøgelsen af, om aftaler som BIDS-aftalerne har til formål at begrænse konkurrencen: Først skal det undersøges, om sådanne aftaler nødvendigvis har konkurrencebegrænsninger til følge eller tager sigte på at begrænse parternes frihed til uafhængigt at kunne fastlægge deres politik på markedet (1) og derved påvirke markedsforholdene (2). I tilknytning hertil skal det undersøges ved en helhedsbetragtning, om de begrænsende elementer er nødvendige for at nå et konkurrencefremmende mål eller et hovedmål, som ikke er omfattet af det principielle forbud i artikel 81, stk. 1, EF (3).

1. Begrænsning af friheden til uafhængigt at kunne fastlægge politikken på markedet

61. Aftaler som BIDS-aftalerne skal begrænse de udtrædendes og de tilbageblivendes frihed til uafhængigt at kunne fastlægge deres politik på markedet. De udtrædende skal i udtrædelsesaftalen navnlig forpligte sig til at forlade markedet, overholde en konkurrenceklausul

46 — Dommen i sagen Montedipe mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 265, dommen i sagen Tréfilunion mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 109, og dommen i sagen M6 m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 72-74.

47 — Det præjudicielle spørgsmål tager ganske vist sigte på en fortolkning af begrebet konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF. Aftaler som BIDS-aftalerne kan imidlertid kun have et konkurrencebegrænsende formål i henhold til 81, stk. 1, EF, hvis artikel 81 EF finder anvendelse på sådanne aftaler. Anvendelsen af artikel 81 EF fremgår i den foreliggende sag af artikel 1 i Rådets forordning nr. 26 af 4.4.1962 om anvendelse af visse konkurrenceregler inden for produktion og handel med landbrugsvarer (EFT 1959-1962, s. 120), som ændret ved Rådets forordning nr. 49 af 29.6.1962 om ændring af begyndelsestidspunktet for anvendelsen af visse foranstaltninger vedrørende den fælles landbrugspolitik (EFT 1959-1962, s. 178) og artikel 2 i forordning nr. 26, som ændret ved forordning nr. 49. I denne henseende har retsstillingen ikke ændret sig med ikrafttrædelsen af Rådets forordning nr. 1184/2006 af 24.7.2006.

48 — Jf. punkt 42 og 59 i dette forslag til afgørelse.

og anvendelses- og rådighedsbegrænsninger med hensyn til de anlæg, der er taget ud af drift [49]. De tilbageblivende skal i henhold til BIDS-foranstaltningen forpligte sig til at betale afgifter.

vurdering af, hvilke faktiske omstændigheder der er relevante, og hvilke der ikke er relevante for anvendelsen af fællesskabsretten.

63. Spørgsmålet, om en aftale påvirker markedsforholdene, skal undersøges på grundlag af en sammenligning mellem to hypotetiske sammenligningssituationer [50].

2. Påvirkning af markedsforholdene

62. Disse begrænsninger af kravet om uafhængighed må nødvendigvis medføre, at markedsforholdene påvirkes. I den henseende skal jeg bemærke, at det principielt ikke tilkommer Domstolen i forbindelse med en præjudiciel anmodning at undersøge de nationale domstoles konstateringer vedrørende de faktiske omstændigheder. Det tilkommer heller ikke Domstolen at undersøge, om Supreme Court er bundet af High Courts konstateringer. Det tilkommer imidlertid Domstolen at fortolke fællesskabsretten på en sådan måde, at den forelæggende nationale ret er i stand til at anvende fællesskabsretten korrekt. Dette omfatter også en

64. Den *første hypotetiske sammenligningssituation* er den situation, der ville foreligge uden BIDS-aftalerne. Dette fremgår navnlig af det præjudicielle spørgsmåls litra a)-d). Af det præjudicielle spørgsmåls litra c) og sagens akter udleder jeg, at virksomheder inden for forarbejdningsindustrien endnu ikke har forladt markedet i nævneværdigt omfang, og at tilbagetrækningerne fra markedet uden BIDS-foranstaltningen i det mindste på kort sigt ikke ville nå op på 25% af produktionskapaciteten i forarbejdningsindustrien som helhed.

65. Den *anden hypotetiske sammenligningssituation* er den situation, der ville foreligge på grundlag af BIDS-aftalerne. I den forbindelse skal det undersøges, om BIDS-aftalerne har til

49 — I den henseende adskiller BIDS-aftalerne sig fra en situation, hvor virksomheder ensidigt beslutter sig til at forlade markedet.

50 — LTM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, s. 360.

formål at begrænse konkurrencen. Derfor skal der — som nævnt ovenfor [51] — i denne anden hypotetiske situation tages hensyn til de virkninger, der nødvendigvis følger af de bestemmelser, der er beskrevet i det præjudicielle spørgsmåls punkt 1-9, samt de virkninger, som parterne ønsker at opnå med disse bestemmelser.

66. Lad mig indledningsvis bemærke, at BIDS-foranstaltningen er en horisontal aftale, dvs. en aftale mellem konkurrenter i samme omsætningsled. Udtrædelsesaftalen udgør ligeledes en horisontal aftale mellem en forarbejdningsvirksomhed og en sammenslutning af forarbejdningsvirksomheder, BIDS.

a) Nedsættelse af produktionskapaciteten med 25% i forarbejdningsindustrien som helhed

67. På grundlag af BIDS-aftalerne skal produktionskapaciteten i forarbejdningsindustrien som helhed nedsættes med 25%, ved at forarbejdningsvirksomheder forlader markedet. Forarbejdningsvirksomhedernes udtræden af markedet og aftalen om ikke at udnytte deres forarbejdningsanlæg kan efter min opfattelse principielt begrænse konkurrencen mellem de tilbageblivende på markedet [52].

68. Der finder ikke kun konkurrence sted, når producenter kan udnytte deres kapacitet fuldt ud, men også når producenter har overskydende kapacitet. Der opstår faste omkostninger for en producent til drift og vedligeholdelse af produktionsanlæg. Ved en lavere udnyttelse af produktionsanlæggene indvirker disse faste omkostninger stærkere på produktionsomkostningerne pr. enhed end ved en højere udnyttelsesgrad, da de faste omkostningers andel af produktionsomkostningerne pr. enhed falder forholdsmæssigt ved høj udnyttelsesgrad (såkaldt skalafordel). En producent er derfor principielt tilskyndet til at opnå skalafordele ved at udnytte sine produktionsanlæg [53].

69. BIDS har sat spørgsmålstegn ved dette og i den forbindelse påberåbt sig følgende omstændigheder: Nedsættelsen af den samlede kapacitet medfører ikke en nedsættelse af den samlede produktion. Prisen for forarbejdningsvirksomhedernes produkter stiger ikke. Der er tale om en engangsnedsættelse af produktionskapaciteten på

51 — Jf. punkt 42 og 59 i dette forslag til afgørelse.

52 — Jf. dom af 28.2.2002, sag T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 875, præmis 56; således også R. Jürgens, *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, s. 95.

53 — Vedrørende forholdet mellem overkapacitet, skalafordele og øget konkurrence jf. N. Schulz, *Wettbewerbspolitik*, Tübingen, 2003, s. 84-86.

markedet som helhed. Inden jeg behandler disse omstændigheder, vil jeg gerne endnu en gang understrege, at der i denne forbindelse kun kan tages hensyn til omstændigheder, som kan rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning [54].

70. *For det første* er der efter min opfattelse med uændret samlet produktion [55] efter logikkens love principielt større konkurrence mellem markedsaktørerne på et marked med stor overkapacitet end på et marked med lille (eller uden) overkapacitet. På et marked med stor overkapacitet er det vanskeligere for en gennemsnitlig producent at opnå den samme udnyttelse af sine produktionsanlæg som på et marked med lille overkapacitet. Da skalafordelene falder med udnyttelsesgraden, er en gennemsnitlig producent på et marked med stor overkapacitet dermed udsat for et større konkurrencepres end på et marked, hvor der kun er en lille overkapacitet. Inden for økonomien anerkendes den indbyrdes afhængighed mellem overkapacitet, skalafordele og konkurrencepres [56].

71. Jeg ser intet, der i den foreliggende sag taler imod denne indbyrdes afhængighed. For spørgsmålet, om denne indbyrdes afhængighed foreligger, forekommer det mig navnlig ikke at være afgørende, om overkapaciteten er opstået på grund af faldende efterspørgsel eller, som i den foreliggende sag, som følge af støtte til opførelse og udvidelse af forarbejdningsanlæg og gennem en mere ligelig fordeling af det udgangsprodukt, der skal forarbejdes. Herfor taler ligeledes, at denne indbyrdes afhængighed også fremgik af markedsundersøgelsen. Den omstændighed, at den samlede produktion ikke falder, kan derfor ikke i sig selv udelukke, at der foreligger en konkurrencebegrænsning [57].

72. *For det andet* kan den omstændighed, at priserne ikke vil stige, efter min opfattelse heller ikke udelukke en konkurrencebegrænsning. I den foreliggende sag drejer det sig alene om, hvorvidt aftaler som BIDS-aftalerne har til formål at begrænse konkurrencen. Spørgsmålet, om der foreligger en konkurrencebegrænsning, og spørgsmålet om de mulige virkninger af en konkurrencebegrænsning på priserne er to adskilte spørgsmål. Dette viser sig allerede ved, at priser kan være påvirket af en lang række forskellige faktorer. Ikke alle disse faktorer kan udelukke, at der foreligger en konkurrencebegrænsning.

54 — Jf. punkt 50-58 i dette forslag til afgørelse.

55 — High Court har antaget, at den samlede produktion ikke vil ændre sig væsentligt.

56 — Vedrørende forholdet mellem overkapacitet, skalafordele og øget konkurrence jf. N. Schulz, a.st. (fodnote 53), s. 84-86.

57 — BIDS' opfattelse kan endvidere føres ud i sin yderste konsekvens med et eksempel: Findes der stor overkapacitet på udbudssiden på et marked med et duopol, og indstiller den ene af de to udbydere efter aftale med den anden udbyder sin produktion, uden at den samlede produktion nedsættes, ville en sådan aftale efter BIDS' opfattelse ikke have til formål at begrænse konkurrencen. En sådan ændring af markedsstrukturen ville imidlertid faktisk medføre, at konkurrencen i vidt omfang blev udelukket, da den tilbageværende udbyder som monopolindehaver kun ville være udsat for potentiel konkurrence.

73. I den foreliggende sag skal prisstigninger være udelukket på grund af de skalafordele, der er opnået ved en større udnyttelsesgrad, og på grund af markedsmodpartens styrke. Skalafordele kan ganske vist i givet fald være en følge af nedsættelsen af produktionskapaciteten i forarbejdningsindustrien som helhed. De kan imidlertid ikke udelukke, at der foreligger en konkurrencebegrænsning i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Tværtimod skal skalafordele som fordele, der i første omgang umiddelbart kommer forarbejdningsvirksomhederne til gode, tages i betragtning inden for rammerne af artikel 81, stk. 3, EF [58]. Markedsmodpartens forhandlingsstyrke kan ligeledes, selv om den skulle udelukke en stigning i priserne, principielt ikke rejse tvivl om, hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsning og skal derfor tages i betragtning på grundlag af artikel 81, stk. 3, EF [59].

74. Den foreliggende situation kan heller ikke sammenlignes med de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen [60]. I denne sag — som i øvrigt vedrører en vertikal prisordning — var priserne ved salg til de endelige forbrugere i vidt omfang bestemt af lovbestemmelser og derfor i vidt omfang unddraget virkningerne af udbud og efterspørgsel [61]. I et sådant tilfælde kan der herske tvivl om, hvorvidt en vertikal prisordning kan begrænse konkurrencen som omhandlet artikel 81, stk. 1, EF [62]. Den foreliggende sag er imidlertid ikke sammenlignelig allerede af den grund, at der ikke findes nogen lovbestemmelser, som kunne forhindre, at fordele, som fremkommer på grundlag af konkurrencen mellem de tilbageblivende, videregives til forbrugerne.

75. At priserne ikke vil stige, udelukker endvidere ikke enhver mulighed for en effektiv konkurrence. Tværtimod er *nedsættelse af priserne* en typisk konkurrenceforanstaltning på et marked med stor overkapacitet og en uændret samlet produktion. Ved hjælp heraf kan en producent forsøge at tiltrække en større del af efterspørgslen og dermed øge udnyttelsesgraden og opnå skalafordele [63]. Den omstændighed, at priserne ikke vil stige, kan derfor ikke i sig selv udelukke, at der foreligger en konkurrencebegrænsning.

58 — Jf. punkt 55-58 i dette forslag til afgørelse; Bellamy & Child, a.st. (fodnote 15), punkt 3.029; O. Odudu, »Art. 81(3), Discretion and Direct Effect«, a.st. (fodnote 42), s. 19; H. Leupold, G. Weidenbach, a.st. (fodnote 16), s. 1008 og 1009.

59 — Vedrørende markedsmodpartens forhandlingsstyrke jf. præmis 114-128 i dommen i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30. Ifølge denne doms præmis 116 havde appellanten navnlig påberåbt sig, at Retten ikke tog hensyn til, at markedsmodparten var den stærkere kontraktpart. I denne doms præmis 127 fastslog Domstolen, at sådanne omstændigheder kun kan være relevante, hvis den økonomiske sammenhæng udelukkede enhver mulighed for effektiv konkurrence.

60 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

61 — Ibidem, præmis 114-134.

62 — I et sådant tilfælde skal det undersøges nøje, om der sker en påvirkning af konkurrencens funktion med hensyn til optimalt at forsyne forbrugerne med et produkt til lavest mulige pris (jf. i denne henseende punkt 52 i dette forslag til afgørelse).

63 — N. Schulz, a.st. (fodnote 53), s. 84-86.

76. *For det tredje* er det vanskeligt at se, at den omstændighed, at den samlede kapacitet skal nedsættes »én gang for alle«, skulle kunne udelukke, at konkurrencen begrænses som følge af nedsættelsen af den samlede kapacitet. I øvrigt skal jeg bemærke, at virkningerne af udtrædelsesaftalerne og BIDS-foranstaltningen ikke er begrænset til et enkelt øjeblik. Konkurrenceklausulen gælder således for de udtrædende i to år og anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne i fem år.

77. *På baggrund af det ovenstående* kan jeg hverken på grundlag af de af BIDS fremførte omstændigheder eller andre omstændigheder i forbindelse med hovedsagen se nogen grund til at rejse tvivl om sammenhængen mellem nedsættelsen af produktionskapaciteten med 25% i forarbejdningsindustrien som helhed som følge af, at individuelle forarbejdningsvirksomheder har forladt markedet, og en begrænsning af konkurrencen. Aftalen indebærer derimod et »frikøb« af konkurrence. Med en nedsættelse af den samlede kapacitet på 25% nærer jeg ingen alvorlig tvivl med hensyn til, om en sådan foranstaltning er mærkbar for konkurrencen. Med forbehold af den helhedsbetragtning, der skal foretages under punkt 3, synes begrænsningen på 25% af produktionskapaciteten i forarbejdningsindustrien som helhed at tage sigte på en mærkbar konkurrencebegrænsning [64].

b) De udtrædendes tilbagetrækning fra markedet

78. Som nævnt ovenfor [65] udleder jeg af det præjudicielle spørgsmåls litra c) og sagens akter, at virksomheder inden for forarbejdningsindustrien endnu ikke har forladt markedet i nævneværdigt omfang, og at tilbagetrækningerne fra markedet uden BIDS-foranstaltningen i det mindste på kort sigt ikke ville nå op på 25% af produktionskapaciteten i forarbejdningsindustrien som helhed.

79. For fuldstændighedens skyld vil jeg nu som supplement undersøge, om der også kan antages at foreligge en konkurrencebegrænsning, hvis der i den første hypotetiske sammenligningssituation (uden aftaler som BIDS-aftalerne) på grund af markedsmekanismer skulle opstå tilbagetrækninger fra markedet i tilsvarende omfang.

80. I henhold til artikel 81, stk. 1, EF er enhver begrænsning af kravet om uafhængighed forbudt, hvis den medfører, at der opstår

64 — Således tillige R. Jürgens, a.st. (fodnote 52), s. 95.

65 — Jf. punkt 64 i dette forslag til afgørelse.

konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dettes omfang [66].

81. I den første hypotetiske sammenligningssituation (uden BIDS-aftalerne) ville konkurrencens udvælgelsesfunktion principielt medføre, at de mest effektive forarbejdningsvirksomheder eller de forarbejdningsvirksomheder, der bedst opfyldte deres kunders og i sidste instans forbrugernes krav, forbliver på markedet. Sker udvælgelsen af de tilbageblivende i den anden hypotetiske sammenligningssituation (med BIDS-aftaler) ikke gennem markedsmekanismerne, men derimod på grundlag af en aftale mellem forarbejdningsvirksomhederne, påvirker dette konkurrencens udvælgelsesfunktion. Herfor taler i den foreliggende sag navnlig, at BIDS-foranstaltningen ikke giver mulighed for, at enkelte forarbejdningsanlæg tages ud af drift. En forarbejdningsvirksomhed kan derfor på grundlag af BIDS-foranstaltningen ikke tage sine ineffektive forarbejdningsanlæg ud af drift og forblive på markedet med de effektive forarbejdningsanlæg.

82. Med forbehold af den helhedsbetragtning, der skal foretages under punkt 3, synes dette indgreb i konkurrencens udvælgelsesfunktion at tage sigte på en konkurrencebegrænsning [67].

c) Afgiftsbetalinger

83. Lad mig indledningsvis bemærke, at afgiftsbetalingerne medfører, at de tilbageblivende ikke kan disponere frit over afgifterne, og at deres forarbejdningsomkostninger forøges. Som følge af forøgelsen af forarbejdningsomkostningerne når de tilbageblivende tidligere tabsgrænsen. Dette kan medføre en konkurrencebegrænsning, hvis afgiftsbetalingerne skulle indvirke mærkbart på de tilbageblivendes adfærd på markedet [68]. En national ret skal derfor undersøge, om afgifterne uanset deres størrelse kan indvirke mærkbart på de tilbageblivendes adfærd på markedet.

84. Endvidere kan afgifternes graduering på grundlag af den traditionelle andel af slagtningerne medføre en begrænsning af konkurrencen mellem de tilbageblivende. BIDS har ganske vist anført, at afgiftsbetalingen udelukkende skal udgøre en »pris« for, at de tilbageblivende overtager de udtrædendes markedsandele. De tilbageblivende ville skulle tilkæmpe sig disse markedsandele. I den forbindelse bærer hver forarbejdningsvirksomhed omkostningerne på 11 EUR. Konkurrencen mellem de tilbageblivende er derfor ikke begrænset.

66 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 116 og 117.

67 — Således tillige R. Jürgens, a.st. (fodnote 52), s. 95.

68 — Dom af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 — C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 90-97.

85. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at anføre, at det nødvendigvis følger af en sådan ordning, at de tilbageblivende beskyttes med hensyn til deres traditionelle markedsandel. Konkurrerer en tilbageblivende, som allerede har nået sin traditionelle andel af slagtningerne (out-performer), med en tilbageblivende, der endnu ikke har nået sin traditionelle andel (low-performer), har førstnævnte en omkostningsmæssig ulempe på 9 EUR, så længe sidstnævnte ikke har nået sin traditionelle andel af slagtningerne. Gradueringen medfører således, at hver tilbageblivende beskyttes med hensyn til sin traditionelle andel. Imidlertid konkurrerer de tilbageblivende konkurrerer ikke kun med hensyn til de udtrædendes andel af slagtningerne, der er frigjort, men også i forbindelse med deres traditionelle andel. Afgifternes graduering begrænser derfor yderligere konkurrencen med hensyn til den traditionelle andel af slagtningerne. Hvis en forarbejdningsvirksomhed kan antage på grund af markedsforholdene, at den samlede produktion vil stagnere eller falde i fremtiden [69], kan den i øvrigt forudse ret præcist, hvornår den overskrider sin traditionelle andel af slagtningerne.

86. At den samlede produktion ikke nedsættes som følge af afgiftsbetalingerne, og priserne ikke stiger, er af ovennævnte [70] grunde uden betydning. Heller ikke den omstændighed, at afgiftsbetalingerne skal begrænses til et år, kan generelt udelukke, at der foreligger en konkurrencebegrænsning. Sådanne omstændigheder kan i givet fald tages i betragtning på grundlag af artikel 81, stk. 3, EF.

d) Anvendelses- og rådighedsbestemmelser

87. For så vidt det skal forhindres med anvendelses- og rådighedsbestemmelserne, at de udtrædende igen kommer ind på markedet, udgør dette en foranstaltning, der sikrer tilbagetrækningen fra markedet, og styrker dermed virkningerne af de udtrædendes tilbagetrækning fra markedet. I den henseende henviser jeg til det, jeg har anført ovenfor [71].

88. Endvidere kan anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne også tage sigte på at afholde andre potentielle konkurrenter, som ikke er medlem af BIDS, fra at træde ind på

69 — High Court havde konkluderet dette.

70 — Jf. punkt 70-75 i dette forslag til afgørelse.

71 — Jf. punkt 67-77 i dette forslag til afgørelse.

markedet. Fremgår det, at det ikke er økonomisk rentabelt at opføre nye forarbejdningsanlæg under de aktuelle markedsforhold [72], kan anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne, som de er fastsat i BIDS-aftalerne, efter min opfattelse principielt begrænse konkurrencen fra andre potentielle konkurrenter.

89. Den potentielle konkurrence beskyttes også af artikel 81, stk. 1, EF [73]. Når det fremgår, at det tidligere er lykkedes nye konkurrenter at komme ind på markedet [74], synes dette fremover heller ikke kun at være en ren teoretisk mulighed. Der er derfor meget, der taler for, at potentielle konkurrenters adgang til markedet begrænses af anvendelses- og rådighedsbestemmelserne.

90. Om potentielle konkurrenter også har andre adgangsmuligheder til markedet, kan efter min opfattelse kun spille en rolle for spørgsmålet, om konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Da ca. 25% af den samlede produktionskapacitet skal omfattes af et anvendelses- og rådighedsforbud, er der meget, der taler for, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar.

91. En national ret skal således undersøge, om der er potentielle konkurrenter med hensyn til en indtræden på markedet, og om disse kunne være interesseret i at få adgang til markedet via de udtrædendes forarbejdningsanlæg.

92. Endvidere kan de tilbageblivende ikke udnytte de anlæg, der er taget ud af drift, til at udvide deres kapacitet. Dette indebærer ligeledes navnlig en begrænsning af konkurrencen, når det ikke er økonomisk rentabelt at opføre nye forarbejdningsanlæg under de aktuelle markedsforhold [75].

93. Den omstændighed, at den samlede produktion ikke nedsættes som følge af anvendelses- og rådighedsbestemmelserne, og priserne ikke stiger, er af ovennævnte [76] grunde uden betydning.

72 — High Court havde konkluderet dette.

73 — Dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 21.

74 — High Court havde henvist til Exel Meats Limiteds indtræden på markedet.

75 — High Court havde konkluderet dette.

76 — Jf. punkt 70-75 i dette forslag til afgørelse.

e) Konklusion

94. Med forbehold af spørgsmålet, om BIDS-aftalerne har et konkurrencefremmende formål eller et hovedmål, der ikke giver anledning til konkurrencemæssige problemer, når jeg derfor til følgende foreløbige konklusion: I det mindste den planlagte nedsættelse af produktionskapaciteten med 25% i forarbejdningsindustrien som helhed, ved at forarbejdningsvirksomheder forlader markedet, gradueringen af afgiftsbetalingerne og anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne er elementer i aftalen, som nødvendigvis har en konkurrencebegrænsning til følge.

95. I denne forbindelse vil jeg kun for fuldstændighedens skyld anføre, at BIDS ikke har handlet under statslig tvang [77]. Den omstændighed, at markedsundersøgelsen blev finansieret af den irske regering, og at oksekødsudvalget opfordrede forarbejdningsindustrien til at gennemføre markedsundersøgelsen, udgør ingen statslig tvang.

77 — Principielt skal en sådan omstændighed kun undersøges, hvis den pågældende virksomhed påberåber sig den, jf. dommen i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 128.

3. Hensyntagen til de med BIDS-aftalerne forfulgte mål

96. BIDS har påberåbt sig, at det var målet med BIDS-aftalerne at begrænse overkapacitet og opnå skalafordele. Navnlig var pålæggelsen af afgifterne og anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne berettiget med henblik på dette legitime mål.

97. *For det første* vil jeg i denne forbindelse endnu en gang påpege, at den foreliggende undersøgelse kun drejer sig om, hvorvidt en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Undersøgelsen i artikel 81, stk. 1, EF drejer sig ikke om, hvorvidt konkurrencebegrænsningen er så åbenbar eller kritisabel, at den kan sammenlignes med et typisk kartel.

98. *For det andet* skal det tages i betragtning, at den omstændighed, at en sektor befinder sig i en konjunkturel eller strukturel krise, ifølge fast retspraksis ikke medfører, at artikel 81, stk. 1, EF ikke finder anvendelse [78].

78 — Dom af 13.12.2006, forenede sager T-217/03 og T-245/03, FNCBV mod Kommissionen, Sml. II, s. 4987, præmis 90, og af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 740.

99. *For det tredje* udelukker den omstændighed, at parterne forfølger et legitimt formål med aftalen, ifølge Domstolens faste praksis principielt ikke, at der kan antages at foreligge et konkurrencebegrænsende formål [79].

100. Ifølge Domstolens ovennævnte [80] praksis forholder det sig imidlertid kun anderledes, når en aftale forfølger enten et konkurrencefremmende eller et konkurrenceneutralt formål. Dette kan ikke antages at være tilfældet i den foreliggende sag. Tværtimod medfører målet om at øge rentabiliteten i forarbejdningsindustrien som helhed ved at nedsætte overkapaciteten med 25% nødvendigvis en konkurrencebegrænsning [81].

101. *For det fjerde* er det BIDS' mål at opnå produktionsfordele gennem skalafordele. Det fremgår imidlertid af sammenhængen mellem artikel 81, stk. 1, EF og artikel 81, stk. 3, EF, at et sådant mål kun kan tages i betragtning på grundlag af artikel 81, stk. 3, EF [82].

79 — Dommen i sagen IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 22-25.
80 — Jf. punkt 52-55 i dette forslag til afgørelse.
81 — Jf. punkt 67-77 i dette forslag til afgørelse.
82 — Jf. punkt 55-57 i dette forslag til afgørelse.

4. Konklusion

102. Det kan derfor konkluderes, at en aftale som BIDS-aftalerne har til formål at begrænse konkurrencen.

C — *Endelig vurdering af elementerne i en aftale som BIDS-aftalerne*

103. Jeg vil nu redegøre for, hvordan de enkelte elementer i aftaler som BIDS-aftalerne skal vurderes med hensyn til situationen i artikel 81, stk. 1, litra b), EF og den generelle bestemmelse i artikel 81, stk. 1, EF.

104. Efter min opfattelse er det ganske vist absolut betænkeligt at foretage en for omfattende kategorisering af konkurrencebegrænsninger. En aftales indhold skal altid undersøges på baggrund af dens retlige og økonomiske sammenhæng. Den foreliggende sag viser efter min opfattelse, at en fremgangsmåde, hvor en aftale sammenlignes med typiske alvorlige konkurrencebegrænsninger, ikke altid er hensigtsmæssig og tværtimod kan gå uden om spørgsmålet om, hvornår der foreligger et konkurrencebegrænsende

formål. Da der i forbindelse med situationerne i artikel 81, stk. 1, litra a)-e), EF endvidere er tale om en ikke udtømmende liste over eksempler, er en sådan kategorisering heller ikke ubetinget nødvendig. I retlig henseende er en henførelse under den generelle bestemmelse således tilstrækkelig.

105. For virksomheder og deres advokater kan kategoriseringen imidlertid være hensigtsmæssig navnlig på baggrund af det nu gældende selvangivelsessystem. Derfor foreslår jeg Domstolen at kategorisere de konkurrencebegrænsende formål, der er identificeret ovenfor, på følgende måde:

106. Nedsættelsen af den samlede kapacitet er i sig selv en konkurrencebegrænsning, der er omfattet af den generelle bestemmelse i artikel 81, stk. 1, EF. Om den derudover også indebærer en begrænsning af produktionen som omhandlet i artikel 81, stk. 1, litra b), EF [83], kan stå åbent i denne forbindelse. Såfremt — som i den foreliggende sag — begrænsningen af den samlede kapacitet opnås, ved at individuelle forarbejdningsvirksomheder forlader markedet og dermed indstiller produktionen, foreligger der også en begrænsning af produktionen i henhold til artikel 81, stk. 1, litra b), EF. For det første kan det ikke udledes af ordlyden af artikel 81, stk. 1, litra b), EF, at den samlede produktion er afgørende. For det andet taler en sammenligning med de andre eksempler for, at allerede begrænsningen af en markedsaktørs produktion er tilstrækkelig. For det tredje forekommer det mig på grundlag af bestemmelsens formål heller ikke at være berettiget at lægge vægt på produktionen på markedet som helhed. Beskyttelsesformålet med artikel 81, stk. 1, EF finder derimod allerede anvendelse på konkurrencens funktion med hensyn til optimalt at forsyne forbrugerne med et produkt til lavest mulige pris, når en markedsaktør begrænser eller helt indstiller sin produktion.

107. Afgifternes graduering kan afholde en tilbageblivende fra at udvide sin markedsandel til skade for en anden tilbageblivendes traditionelle markedsandel. Den indebærer derfor ligeledes en begrænsning af produktionen.

108. Anvendelses- og rådighedsbegrænsningerne kan ligeledes begrænse en forarbejdningsvirksomheds udvidelse af produktionen gennem en kapacitetsudvidelse og skal derfor ligeledes betragtes som en begrænsning af produktionen.

83 — Jf. i denne henseende præmis 56 i dommen i sagen Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 52.

VII — Forslag til afgørelse

109. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Supreme Court, således:

»En aftale med det indhold og under de omstændigheder, der er beskrevet i det præjudicielle spørgsmål, har til formål at begrænse konkurrencen og er derfor ikke forenelig med artikel 81, stk. 1, EF, for så vidt de yderligere betingelser i denne bestemmelse foreligger.«