Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. MAZÁK
fremsat den 2. februar 2012 [1]

Sag C-549/10 P

Tomra Systems ASA
Tomra Europe AS
Tomra Systems GmbH
Tomra Systems BV
Tomra Leergutsysteme GmbH
Tomra Systems AB
Tomra Butikksystemer AS
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — konkurrence — misbrug af dominerende stilling — marked for maskiner til indsamling af brugt drikkevareemballage — eksklusivitetsaftaler, mængdeforpligtelser og loyalitetsbonusser, der indgår i en strategi med henblik på at udelukke konkurrenter fra markedet«

1. I den foreliggende sag har appellanterne (herefter under ét »Tomra«) anmodet Domstolen om at ophæve dommen i sag T-155/06, Tomra Systems m.fl. [2]. I den pågældende dom gav Retten ikke Tomra medhold i en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2006) 734 endelig af 29. marts 2006 om en procedure i henhold til artikel 82 EF (nu artikel 102 TEUF) og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra) [3].

I – Tvistens baggrund

2. De faktiske omstændigheder, den administrative procedure og den anfægtede beslutning er beskrevet i detaljer i den appellerede doms præmis 1-20. Kort sagt fremstiller Tomra-koncernen (hvori indgår de syv selskaber, der har iværksat den foreliggende appel, og andre selskaber) returautomater til indsamling af brugt, tom drikkevareemballage (herefter »returautomater«). Disse maskiner identificerer den anbragte emballage ud fra bestemte parametre, såsom formen og/eller stregkoden, og beregner den pant, kunden skal have udbetalt, normalt ved, at der udskrives en bon, som indløses ved forretningens kasse. Koncernen leverer ligeledes tjenesteydelser knyttet til returautomater over hele verden. I 2005 havde Tomra-koncernen en omsætning på ca. 300 mio. EUR og 1 900 ansatte.

3. Som følge af en klage fra Prokent AG, et tysk selskab, der ligeledes virker inden for sektoren for returautomater, og efter at have foretaget undersøgelser sendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS og Tomra-koncernens datterselskaber i seks kontraherende stater inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«). Den 29. marts 2006

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Dom af 9.9.2010, Sml. II, s. 4361 (herefter »den appellerede dom«).

3 — Herefter »den anfægtede beslutning«. En sammenfatning heraf blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2008 C 219, s. 11).

vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori den fastslog, at Tomra havde tilsidesat artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54 i perioden 1998-2002 ved at iværksætte en udelukkelsesstrategi på det tyske, nederlandske, østrigske, svenske og norske marked for returautomater gennem eksklusivitetsaftaler, individualiserede mængdeforpligtelser og individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft, hvorved de havde lukket markederne for konkurrence.

4. I den pågældende beslutning fastslog Kommissionen bl.a., at Tomras markedsandele i Europa konstant var højere end 70% før 1997, at de efter 1997 oversteg 95%, og at Tomras markedsandel på alle de berørte markeder var mange gange større end konkurrenternes. Den konkluderede, at Tomra-koncernen var en virksomhed med en dominerende stilling i henhold til artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54. Kommissionen anførte navnlig, at Tomra havde udarbejdet en strategi, der havde konkurrencebegrænsende formål eller virkning, både i forhold til deres adfærd og koncernens interne drøftelser. Ifølge den anfægtede beslutning tilsigtede Tomra at bevare deres dominerende stilling og deres markedsandele med midler, der navnlig består i at hindre nye udbyderes adgang til markedet, at sikre, at konkurrenterne forbliver svage ved at begrænse deres vækstmuligheder, og endelig ved at svække dem og fjerne dem ved enten at opkøbe dem eller ved andre midler. Denne strategi blev iværksat ved underskrivelsen af 49 aftaler mellem 1998 og 2002 mellem Tomra og et vist antal supermarkedskæder. Disse havde form af eksklusivitetsaftaler, aftaler med individuelle mængdeforpligtelser og aftaler om individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft. Det præciseredes i den anfægtede beslutning, at vurderingen af grovheden af Tomras overtrædelse burde tage hensyn til, at de bevidst iværksatte den pågældende praksis inden for rammerne af deres udelukkelsesstrategi, men ligeledes til det geografiske omfang af dette misbrug. Kommissionen fastslog, at der var tale om en »alvorlig« overtrædelse, og pålagde Tomra en solidarisk bøde på 24 mio. EUR.

II – Den appellerede dom

5. Til støtte for deres påstand om annullation af den anfægtede beslutning for Retten har Tomra påberåbt sig seks anbringender. De har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen: i) anvendte åbenbart urigtige og upålidelige beviser for at godtgøre, at koncernen havde udarbejdet en strategi for at udelukke konkurrencen og gennemført denne strategi ved hjælp af 49 aftaler med sine kunder mellem 1998 og 2002, ii) anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af, om aftalerne kunne udelukke konkurrencen, og havde gjort sig skyld i en begrundelsesmangel i denne henseende, iii) anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af, om disse aftaler reelt udelukkede konkurrencen, iv) foretog en åbenbar urigtig retsanvendelse ved at kvalificere eksklusivitetsaftalerne, de individualiserede mængdeforpligtelser og de individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft som ulovlige i sig selv i henhold til artikel 102 TEUF, v) begik en åbenbar fejl ved konstateringen af, at de ikke-bindende mængdeforpligtelser kan være i strid med artikel 102 TEUF, og vi) tilsidesatte proportionalitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling, da den pålagde Tomra bøden på 24 mio. EUR. Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen i det hele.

III – Appel

6. I den foreliggende sag har Tomra påberåbt sig i alt fem appelanbringender[4]. Kommissionen er på sin side af den opfattelse, at disse anbringender ikke kan antages til realitetsbehandling, er uden betydning eller ugrundede.

4 — Det bemærkes, at jeg i dette forslag til afgørelse kun vil behandle de argumenter, der er fremført af parterne, og som er i overensstemmelse med de strenge begrænsninger, der gælder for appelsager og Domstolens begrænsede kontrol. Jf. artikel 256, stk. 1, TEUF og artikel 58 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol. Jf. også f.eks. dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 29.

A – *Det første appelanbringende, hvorefter Retten begik en retlig fejl ved vurderingen af Kommissionens konklusion om en konkurrencebegrænsende hensigt om at udelukke konkurrenter fra markedet (den appellerede doms præmis 33-41)*

7. Med det første appelanbringende har Tomra i det væsentlige gjort gældende, at Retten ved analysen af, om Kommissionen havde påvist konkurrencebegrænsende hensigt, begik en retlig fejl ved at afvise at tage hensyn til beviser, der viste, at det var Tomras hensigt at konkurrere på grundlag af opnåede resultater. Tomra har gentaget det argument, som de fremførte for Retten, hvorefter Kommissionen med urette anvendte Tomras interne korrespondance som støtte for den påståede konkurrencebegrænsende hensigt og strategi.

8. Det bemærkes indledningsvis, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb [5]. I den anfægtede beslutning anførte Kommissionen med rette ikke, at hensigt var et nødvendigt element for at konkludere, at der forelå misbrug af en dominerende stilling i den foreliggende sag. I denne forbindelse har Tomra gjort gældende, at det fremgår af 97.-105. betragtning til den anfægtede beslutning, at en konkurrencebegrænsende hensigt var en væsentlig faktor i forbindelse med konklusionen om, at der forelå en konkurrencebegrænsende strategi, og at denne konklusion spillede en afgørende rolle med hensyn til at fastslå overtrædelsen.

9. Tomra har også henvist til 111. betragtning til den anfægtede beslutning. Som Kommissionen bemærkede, følger denne betragtning imidlertid efter bemærkningen i 109. betragtning om, at den praksis, der er beskrevet i afsnit III.B, vurderes på grundlag af artikel 102 TEUF andre steder i den pågældende beslutning. Med henblik herpå blev der i afsnit IV.B i den anfægtede beslutning med rette peget på, at artikel 102 TEUF er objektiv, og på grundlag af en analyse af Tomras aftaler med deres kunder, og ikke deres motiver, fastslået, at Tomras praksis tilsigtede at begrænse konkurrencen. Tomras påstand om, at konklusionerne om deres hensigt havde en afgørende betydning for konklusionen om overtrædelsen, bør derfor afvises.

10. Det er imidlertid korrekt, at beviser for en hensigt ikke er helt irrelevante, for så vidt som de faktisk kan være relevante for vurderingen af en dominerende virksomheds adfærd, hvor der kræves en forståelse af de økonomiske bevæggrunde for denne adfærd, de strategiske aspekter og de sandsynlige virkninger heraf. Som Retten med rette bemærkede i præmis 35, kan sådanne beviser angive, om en konkurrenceudelukkelse var tilsigtet, eller i modsat fald angive en anden forklaring på den undersøgte praksis. Beviserne gør det således muligt for Kommissionen at sætte den pågældende praksis ind i dens sammenhæng. Hvis Kommissionen (eller en national konkurrencemyndighed) på grundlag af beviser i sagsakterne eksempelvis finder, at en virksomhed (også) udformede bonus- eller rabatordningerne til fordel for forbrugerne – hvis f.eks. virksomheden forventede effektivitetsgevinster – burde dette føre til, at disse myndigheder foretager en mere indgående undersøgelse.

11. Det fremgår klart af sagsakterne, at Tomra ikke var i stand til eller ikke var villig til at forklare deres praksis ved henvisning til nogen bestemt forretningsstrategi [6], og efter min opfattelse fandt Retten med rette i præmis 36, at Kommissionens undersøgelse hovedsageligt skulle koncentrere sig om den konkurrencebegrænsende adfærd. Det bør under alle omstændigheder understreges, at Kommissionen efterfølgende af egen drift undersøgte, om der af Tomras interne dokumentation kunne udledes en konkurrencefremmende forklaring på den pågældende praksis eller snarere en udelukkende adfærd. Selv om der i appelskriftet i denne forbindelse henvises til den appellerede doms præmis 36, angives det ikke, hvilke beviser for Tomras hensigt om at konkurrere på grundlag af opnåede resultater Retten angiveligt ikke har behandlet, og der redegøres heller ikke for, hvordan sådanne beviser kunne påvirke analysen af Tomras udelukkende adfærd.

5 — Jf. dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91.

6 — Jf. 349.-357. betragtning til den anfægtede beslutning (med hensyn til Tomras påstande om stordriftsfordele), sammenholdt med den appellerede doms præmis 224.

12. Jeg er også enig med Kommissionen i, at den omstændighed, at det erkendtes i den appellerede dom, at der fandtes beviser for Tomras hensigt om at anvende andre (lovlige) konkurrencemidler, betyder, at Tomra nu faktisk forsøger at rejse tvivl om Rettens vurdering af bevisernes relevans og værdi, hvilket ikke kan anfægtes under en appelsag[7]. Tomra synes at gentage den argumentation, der blev fremført i første instans, og understreger, at de er uenige i Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. Det påpeges imidlertid med rette i den appellerede doms præmis 35, at »Kommissionens konklusioner i den anfægtede beslutning aldrig udelukkende er støttet på et af [Tomras] dokumenter vurderet alene, men på en hel række af forskellige forhold«.

13. Endelig har Tomra specifikt kritiseret Rettens udtalelse i den appellerede doms præmis 36 om, at det i den anfægtede beslutning »ikke skjules«, at det fremgår af dokumenter, at Tomra også havde til hensigt at anvende lovlige konkurrencemidler. Det er tilstrækkeligt at bemærke, at den pågældende udtalelse i den appellerede dom ikke vedrører *relevante* beviser. I stedet er jeg ligesom Kommissionen af den opfattelse, at Retten klart ønskede at anerkende, at den anfægtede beslutning henviste til beviser, der vedrørte *andre*, lovlige konkurrencemidler – trods den manglende relevans heraf med hensyn til at forklare det misbrug, der var genstand for denne beslutning.

14. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at Retten ikke begik en retlig fejl ved vurderingen af Kommissionens konklusion om en konkurrencebegrænsende hensigt om at udelukke konkurrenter fra markedet. Som følge heraf bør det første appelanbringende forkastes som ugrundet.

B – *Det andet appelanbringende, hvorefter Retten begik en retlig fejl og undlod at tilvejebringe en tilstrækkelig begrundelse vedrørende den andel af den samlede efterspørgsel, som aftalerne skulle omfatte for at udgøre et misbrug (den appellerede doms præmis 238-246)*

15. Tomra gjorde ved Retten gældende, at Kommissionen ikke havde undersøgt, om den konkurrenceudsatte del af markedet for returautomater[8] var tilstrækkelig stor til, at lige så effektive konkurrenter kunne forblive på markedet[9]. Tomra har nu i det væsentlige anført, at Retten begik en retlig fejl og undlod at tilvejebringe en tilstrækkelig begrundelse, da den konkluderede, at de påståede eksklusivitetsaftaler omfattede en tilstrækkelig stor andel af den samlede efterspørgsel til, at de kunne begrænse konkurrencen. Tomra har navnlig anført, at Rettens begrundelse for at forkaste argumentet om den relevante kommercielle efterspørgsel primært tog udgangspunkt i udtryk som »væsentlig«, »langt fra beskeden« og »meget høj«. Retten burde have krævet en entydig metode til at fastslå, om eksklusivitetsaftalerne kan udelukke konkurrencen på markedet, nemlig beregningen af den minimumseffektivitetsgrad, der er nødvendig for at operere rentabelt på det pågældende marked.

16. Det bør indledningsvis understreges, at det følger af fast retspraksis, at den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296 TEUF (tidligere artikel 253 EF), skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt[10]. Det skal derfor afklares, om Retten havde ret til at anvende udtryk som »væsentlig« i denne forbindelse, eller om Tomra med rette har gjort gældende, at den appellerede dom ikke er tilstrækkeligt begrundet, for så vidt som det ikke er anført præcist, hvad der forstås ved »væsentlig« (f.eks. kvantitativt) i den foreliggende sag.

17. I punkt 20 i appelskriftet har Tomra gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved i præmis 241 at fastslå, at »konkurrenterne skal kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed og ikke blot på en del heraf«. Som Kommissionen påpegede, fremsatte Tomra med denne kritik en uudtalt anmodning om, at Domstolen på et punkt fraviger dommen i sagen Hoffmann-La

7 — Jf. f.eks. dom af 6.4.2006, sag C-551/03 P, General Motors mod Kommissionen, Sml. I, s. 3173, præmis 52-54. Det gøres heller ikke gældende i appellen, at Retten foretog en urigtig gengivelse af beviserne.

8 — Dvs. den del af efterspørgslen, der ikke var bundet som følge af Tomras praksis.

9 — Jf. navnlig punkt 90-95 i stævningen for Retten og punkt 38-45 i replikken i første instans.

10 — Jf. f.eks. dom af 1.2.2007, sag C-266/05 P, Sison mod Rådet, Sml. I, s. 1233, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis.

Roche mod Kommissionen [11]. I den forbindelse forkastede Domstolen påstanden om en »mærkbar indvirkning« eller *de minimis*-tærskel i henhold til artikel 102 TEUF og fastslog, at »da der [...] er tale om en adfærd, som udvises af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et marked, hvor konkurrencestrukturen allerede af den grund er svækket, kan enhver yderligere begrænsning af denne konkurrencestruktur inden for anvendelsesområdet for artikel [102 TEUF] udgøre et misbrug af en dominerende stilling«.

18. Domstolen fulgte i den henseende generaladvokat Reischl (på s. 593), der havde sondret mellem artikel 85 EF og 86 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) med den begrundelse, at »mærkbarhedsteorien [*sensibilité* på fransk] er udviklet i forbindelse med artikel [101], dvs. på et område, hvor en i sig selv bestående effektiv konkurrence begrænses ved hjælp af aftaler og lignende. I de situationer, der er omfattet af artikel [102], er konkurrencen derimod praktisk taget elimineret, idet en dominerende virksomhed ikke er udsat for effektiv konkurrence. Her synes det faktisk ikke at være forsvarligt at lade en sådan virksomheds adfærd, som ifølge de i artikel [102] angivne kriterier må betragtes som udtryk for misbrug, ude af betragtning, fordi den ikke påvirker konkurrenceforholdene mærkbart. Selv hvis man imidlertid anså det for forsvarligt at tolerere eller i det mindste ikke at straffe misbrug i tilfælde, hvor der så at sige kun er tale om »quantités négligeables« (ubetydelige mængder), må det dog alvorligt betvivles, at det foreliggende tilfælde hører under denne kategori«.

19. Alligevel kan Tomras blotte påstand, der ikke støttes på nogen måde, klart ikke tages til følge i den foreliggende appel i en sag, hvor Retten på grundlag af de faktiske omstændigheder bekræftede, at Tomras udelukkelse gik langt videre end enhver tænkelig minimumstærskel.

20. Det, Retten gjorde i den appellerede dom, er efter min opfattelse netop det, den skulle gøre. Kun gennem en undersøgelse af sagens omstændigheder som den, Kommissionen foretog i den anfægtede beslutning, kan det afgøres, om en dominerende virksomheds praksis kan udelukke konkurrencen (i den foreliggende sag hedder det endog i den anfægtede beslutning, at denne praksis »reelt« havde en fordrejende, markedsafskærmende virkning). Det ville imidlertid være kunstigt på forhånd at fastsætte, hvilken andel af det bundne marked der skal overskrides, for at en dominerende virksomheds praksis kan have en udelukkende virkning på konkurrenterne (jf. den appellerede doms præmis 242).

21. Under alle omstændigheder kan der ikke være tvivl om, at Tomras praksis omfattede en »væsentlig« del af markedet, og det anførte appelanbringende synes derfor at være rent akademisk i den foreliggende sag [12]. Tomra synes endog selv at anerkende, at den pågældende praksis i gennemsnit bandt ca. 39% af efterspørgslen ved en samlet betragtning af de fem år og de fem markeder.

22. I denne forbindelse er den appellerede doms præmis 243 korrekt: Andelen på to femtedele af den samlede efterspørgsel i løbet af perioden og i de undersøgte lande er i hvert fald betydelig og kan absolut under ingen omstændigheder betragtes som »lille«. Retten understregede også med rette i denne henseende, at Tomras praksis ofte har medført en meget høj »bunden« del af efterspørgslen i løbet af de »kritiske år«, hvor efterspørgslen var højest, og var den mest sandsynlige til at påvirke nye succesfulde adgange på markedet, navnlig i årene 1999-2000 i Østrig, 2001 i Nederlandene og 1999 i Norge [13]. Endelig bemærkede Retten med rette i præmis 245, at »[Tomras] praksis bandt den endelige kundes og ikke forhandlernes efterspørgsel. Konkurrenterne kunne således ikke benytte andre alternative forhandlermetoder, som kunne udbedre virkningen af [Tomras] praksis«.

11 — Nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 123.

12 — Som Kommissionen påpegede, var mere end 55% af den samlede efterspørgsel i de fem lande bundet i 1999. Betragter man de enkelte markeder, udgjorde den »ikke-konkurrenceudsatte« eller »bundne« efterspørgsel i 1999 og 2000 mellem 80% og 90% i Norge og ca. 65% i Nederlandene (næsten 60% i 2001). Dette blev ikke anfægtet ved Retten. Det blev således fastslået i den anfægtede beslutning, at i de lande og år, for hvilke overtrædelsen var fastsat, var den bundne del af efterspørgslen altid betydelig, og at der i nogle år på hvert af disse markeder (normalt de »kritiske år« for markedsvæksten) var tale om en meget betydelig andel (jf. bl.a. 392. samt 160., 163., 183., 187., 218., 219. og 290. betragtning til den anfægtede beslutning).

13 — Jf. den appellerede doms præmis 244. Jf. f.eks. 163., 219. og 237. betragtning til den anfægtede beslutning.

23. Det følger heraf, at på grundlag af enhver rimelig fortolkning af udtryk såsom »væsentlig« var Rettens anvendelse heraf i den foreliggende sag fuldt ud begrundet af de faktiske omstændigheder.

24. Med hensyn til Tomras sidste argument om, at Kommissionens og Rettens tilgang ikke er i overensstemmelse med den nuværende økonomiske tænkning, er det tilstrækkeligt at fastslå, at dette argument aldrig blev fremført og undersøgt tilstrækkeligt i første instans og derfor ikke kan fremføres nu under appelsagen.

25. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at Retten ikke begik en retlig fejl vedrørende den andel af den samlede efterspørgsel, som aftalerne skulle omfatte for at udgøre et misbrug, og den undlod heller ikke at tilvejebringe en tilstrækkelig begrundelse i denne henseende. Det andet appelanbringende bør derfor forkastes som ugrundet.

C – *Det tredje appelanbringende, hvorefter Retten begik en proceduremæssig fejl og en retlig fejl ved undersøgelsen af de retroaktive rabatter (den appellerede doms præmis 258-272)*

26. Tomra har i det væsentlige anført, at Retten begik en proceduremæssig fejl ved at gengive de argumenter, der var fremført vedrørende retroaktive rabatter, urigtigt. Retten misforstod og misfortolkede Tomras argumenter ved at anføre, at de havde gjort gældende, at »negative priser« var en af de søjler, som den anfægtede beslutning var støttet på, og den undlod derfor at tage hensyn til dette argument på en juridisk korrekt måde. Hvis Retten havde behandlet spørgsmålet om rabatordningerne korrekt, havde det i vidt omfang påvirket grundlaget for dens konklusion om, at alle aftalerne kunne udelukke konkurrencen på markedet for returautomater. Tomra har peget på, at en korrekt analyse af de fremførte argumenter havde omfattet en undersøgelse af rabatordningerne på grundlag af deres virkninger. Tomra har gjort gældende, at retroaktive rabatter, der ikke resulterer i lavere priser end omkostningerne, må antages ikke at kunne udelukke konkurrenterne. Retten begik derfor en retlig fejl ved ikke at kræve, at Kommissionen påviste, at de af Tomra anvendte retroaktive rabatter medførte lavere priser end omkostningerne, for at anse disse rabatter for at have en udelukkende virkning.

27. Det skal indledningsvis bemærkes, at dette appelanbringende kun vedrører retroaktive rabatter. I modsætning til Tomras påstand kan de argumenter, der er fremført til støtte herfor, under ingen omstændigheder påvirke konklusionerne vedrørende de andre former for praksis, navnlig mængdeforpligtelser og eksklusivitetsaftaler eller *de facto*-eksklusivitet.

28. Kommissionen har med rette peget på, at selv om den passage i stævningen i første instans, der er citeret i appelskriftet, vedrører omkostninger i forbindelse med fastsættelsen af priser, skal den vurderes i sin sammenhæng. Den passage i stævningen, som Tomra nu har citeret i appelskriftet, vedrører ganske vist omkostninger i forbindelse med fastsættelsen af ekskluderende priser. Denne henvisning til omkostninger[14] er imidlertid isoleret[15] og synes kun at være subsidiær til stævningens insisteren på argumentet om »negative priser«, som omfatter en test, hvorefter »negative priser« var en forudsætning for at betragte loyalitetsbonusordninger som misbrug i henhold til artikel 102 TEUF[16].

29. Navnlig var den fulde ordlyd af punkt 105 i stævningen i første instans følgende: »Det er også vigtigt at bemærke, at Kommissionen ikke undersøgte Tomras omkostninger. Selv om Kommissionen i 165. [betragtning] [til] beslutningen henviser til rabatter, der medfører »meget lave priser, muligvis endog negative priser«, undersøgte den ikke Tomras omkostninger for at fastsætte det niveau, under

14 — Som Kommissionen påpegede, støttes dette argument ikke af nogen af talrige bilag til stævningen, trods de klare tekniske konsekvenser heraf. Det fremgår således ikke af bilagsoversigten til stævningen, at der blev lagt beviser til grund til støtte for det argument, som nu tillægges så stor betydning i forbindelse med appelsagen.

15 — I andre dele af stævningen i første instans har Tomra faktisk henvist til »positive indtægter«. Kun i punkt 128 i stævningen er det anført, at en lige så effektiv konkurrent kunne forventes at opnå samme overskud.

16 — Det var stævningens hovedargument, at Tomras rabatordninger enten ikke krævede, eller kun sjældent krævede, »negative priser«, for at en konkurrent kunne sikre salg.

hvilket priserne ville medføre udelukkelse eller være underbudspriser. Den implicitte test i beslutningen er, at hvis Tomras rabatter ville tvinge en konkurrent til at fakturere en negativ pris, ville dette have en udelukkende virkning – eftersom prisen må ligge under Tomras gennemsnitlige variable omkostninger. Selv om Kommissionen henviser til »meget lave« priser, har Tomra [anført], at beslutningen ikke indeholder beviser for, at rabatter har udelukkelsesvirkninger i tilfælde, hvor de giver konkurrenter mulighed for at fakturere positive priser eller få positive indtægter. Dette er vigtigt, da det vil fremgå nedenfor, at priserne i næsten alle Kommissionens eksempler aldrig kunne være negative, og at konkurrenterne i alle tilfælde kunne oppebære positive indtægter af deres salg«.

30. Det står imidlertid fast, at med undtagelse af den ovenfor citerede passage behandlede den pågældende del af stævningen (punkt 102-131) spørgsmålet, om Tomras rabatter tvang konkurrenterne til at fakturere negative priser eller ej. Som Kommissionen bemærkede, fokuserede stævningen udelukkende på at vise, at Tomras priser kun sjældent krævede, at en konkurrent tilbød »negative priser« for at sikre salget [17].

31. Jeg er derfor ikke enig i Tomras påstand i replikken, hvorefter de fremførte argumentet vedrørende Kommissionens undladelse af at sammenligne »omkostning og pris i forbindelse med returautomater i alle henseender […] i meget klare vendinger i punkt 102-131 i stævningen«. Udtrykket »positiv indtægt« er i stævningen i første instans snarere anvendt synonymt med »positiv pris« – med andre ord tages omkostninger ikke i betragtning og spiller ingen rolle. Det ser faktisk ud til, at Tomra i den argumentation, de fremførte i første instans, aldrig anså den pris-omkostningstest for at være afgørende, som de nu slår til lyd for.

32. Som Kommissionen påpegede, fokuserede stævningen i første instans desuden utvetydigt på spørgsmålet om »negative priser«, anbringendet blev fremført med fokus på dette spørgsmål, og Tomra brugte mange sider på det.

33. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at Retten ikke kan kritiseres for ikke at have behandlet et argument, der ikke var behørigt fremført i stævningen. Den »mere sofistikerede påstand«, som Tomra nu udleder af deres stævning, havde således klart krævet indgående behandling og relevante beviser, men der findes ikke mere i Tomras sag i første instans end det fragment, der allerede har vist sig at være utilstrækkeligt til at rejse tvivl om den appellerede dom.

34. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at dette appelanbringende bør afvises.

35. Subsidiært er jeg, såfremt Domstolen alligevel skulle konkludere, at det tredje appelanbringende kan antages til realitetsbehandling, enig med Kommissionen i, at appelskriftet ikke anfægter Rettens konklusion om, at spørgsmålet, om en konkurrent ville skulle tilbyde en negativ pris (i stedet for blot en lav pris), ikke var afgørende for konklusionen om, at Tomras rabatordninger med tilbagevirkende kraft udgjorde misbrug i henhold til Domstolens praksis. Retten fastslog med rette i præmis 266, at Kommissionen i den anfægtede beslutning på ingen måde har anført, at rabatordningerne systematisk førte til negative priser, og desuden har den ikke gjort gældende, at et sådant bevis er en forudgående betingelse for at fastslå, at disse rabatordninger udgør misbrug. I øvrigt indeholder den anfægtede beslutning ikke en grafisk fremstilling for hver af Tomras bonus- og rabatordninger. Den indeholder udelukkende et eller to diagrammer pr. land, som tjener til at illustrere Tomras rabatordningers markedsafskærmende virkning.

36. Dernæst har Tomra i deres replik påberåbt sig »Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 102 TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd« [18] og gjort gældende, at Kommissionen deri støtter en pris-omkostningstest.

17 — Jf. bl.a. stævningens punkt 105, 106, 108, 110, 111, 116-118, 122, 127 og 128.

18 — Meddelelse fra Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 102 TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EUT 2009 C 45, s. 7).

37. Denne meddelelse, der blev udsendt i 2009, kan imidlertid ikke være relevant for vurderingen af den foreliggende appel. Det er irrelevant, hvordan Kommissionen udformer sin konkurrencepolitik i fremtiden med hensyn til artikel 102 TEUF. Et eventuelt nyt fokus ved anvendelsen af denne bestemmelse kan kun være relevant for fremtidige kommissionsbeslutninger, men ikke for den retlige vurdering af en beslutning, der allerede blev vedtaget i 2006 [19].

38. Med hensyn til retroaktive rabatter har Tomra desuden anført i punkt 46 i replikken i første instans, at »der i (165., 186., 224., 225., 235., 236. og 268. [betragtning] til) beslutningen analyseredes aftaler, der angiveligt indeholdt retroaktive rabatter. Den indeholdt navnlig en detaljeret analyse af syv eksempler på aftaler. Ifølge beslutningen ville disse aftaler angiveligt have udelukkelsesvirkninger, da: a) kunderne kun ville købe et »lille antal« returautomater (165. [betragtning]), og b) konkurrenterne ville blive tvunget til at fakturere »meget lave, muligvis endog negative priser« for dette lille antal enheder (165. [betragtning])«.

39. Det er med andre ord klart, at Tomras argument om, at Kommissionen med urette havde fundet, at de retroaktive rabatter havde udelukkelsesvirkning, var baseret på en enkelt betragtning til den anfægtede beslutning (dvs. 165. betragtning) [20].

40. I punkt 32 i appelskriftet har Tomra imidlertid bemærket henvisningen i den appellerede doms præmis 260-263 til det afsnit i den anfægtede beslutning, som indeholder Kommissionens retlige analyse af Tomras rabatter (dvs. 314.-329. betragtning) [21]. Tomra har søgt at afvise betydningen af de deri analyserede spørgsmål for konklusionen om, at Tomras rabatter var i strid med artikel 102 TEUF. Det er imidlertid tilstrækkeligt at pege på, at disse betragtninger ikke blev anfægtet i første instans. Selv hvis disse præmisser faktisk anfægtede nogle faktiske omstændigheder, der var fastslået i den anfægtede beslutning, står det under alle omstændigheder fast, at de ikke anfægtede påberåbelsen af dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen og Michelin II-dommen i den pågældende beslutning [22].

41. Det begrænsede spørgsmål, der er rejst i appellen vedrørende Tomras omkostninger og en effektiv konkurrents omkostninger, kan derfor ikke rejse tvivl om afvisningen af de påstande, der var nedlagt i første instans vedrørende de anfægtede rabatter og deres evne til at svække konkurrencen.

42. Retten bemærkede i den henseende med rette følgende i den appellerede doms præmis 214: »Ved afgørelsen af, om et system med kvantumrabatter er udtryk for misbrug, skal samtlige omstændigheder derfor tages i betragtning, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke kan retfærdiggøres af en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine leverandører, har hindret konkurrenternes adgang til markedet, om rabatgiver herved over for sine handelspartnere har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen« [23].

43. Denne test blev ikke anvendt i den anfægtede beslutning. Det blev ikke kun undersøgt abstrakt, om eksklusiviteten eller rabatterne »i kraft af deres beskaffenhed« kunne indvirke negativt på konkurrencen. Det blev derimod også påvist, at denne praksis tilsigtede eller kunne have sådanne virkninger under de foreliggende omstændigheder.

19 — Jeg er på dette punkt enig med generaladvokat Kokott. Jf. hendes forslag til afgørelse i sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. 2007 I, s. 2331, punkt 28, og i sag C-109/10 P, Solvay mod Kommissionen, Sml. I, s. 10329, punkt 21.

20 — Denne betragtning findes i det underafsnit i den anfægtede beslutning, der vedrører »Påvirkningen« (159.-166. betragtning), inden for det afsnit, der vedrører Tomras praksis i »Nederlandene« (134.-166. betragtning).

21 — Kommissionen har understreget, at det er værd at bemærke, at der i 314.-329. betragtning overhovedet ikke henvises til »negative priser«. I stedet tales der om rabatternes »afsmittende virkning«, og som nævnt i 354. betragtning var der ingen forbindelse mellem rabatmekanismen og Tomras omkostninger (dvs. at rabatterne ikke var baseret på en »økonomisk modydelse«).

22 — I 314.-329. betragtning. Jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 5, og dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen (»Michelin II«), Sml. II, s. 4071.

23 — Jf. Michelin II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 60.

44. Jeg kan ikke kraftigt nok understrege, at dette netop er den rigtige tilgang. En henvisning til negative (konkurrencebegrænsende) virkninger bør klart ikke ske mekanisk. Den (sandsynlige) eksistens af sådanne udelukkelsesvirkninger i et konkret tilfælde bør ikke kun antages, men vurderes og påvises [24].

45. Ovennævnte støttes af Domstolens nylige domme. I TeliaSonera-dommen [25] fastslog Domstolen i præmis 64, at »for at det kan fastslås, at sådanne afgifter har karakter af misbrug, skal deres konkurrencebegrænsende virkning på markedet foreligge, men ikke nødvendigvis være konkret, da en godtgørelse af, at der kan foreligge konkurrencebegrænsende virkninger, som kan fortrænge den dominerende virksomheds mindst lige så effektive konkurrenter, er tilstrækkelig«. Denne udtalelse bør sammenholdes med præmis 254 i dommen i sagen Deutsche Telekom mod Kommissionen [26], hvor Domstolen fastslog følgende: »Det er korrekt, at når en dominerende virksomhed faktisk gennemfører afgifter, der har ført til prispres for virksomhedens mindst lige så effektive konkurrenter, med henblik på at fortrænge en konkurrent fra det pågældende marked, er den omstændighed, at det ønskede resultat ikke blev opnået, i sidste ende ikke tilstrækkeligt til at udelukke et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel [102 TEUF]. Forekommer der imidlertid på ingen måde virkninger af den konkurrencemæssige situation, kan afgifter som de omhandlede ikke anses for at have en fortrængende virkning, når disse afgifter ikke har gjort det vanskeligere for konkurrenterne at etablere sig på det pågældende marked«.

46. Dernæst bør det bemærkes, at den appellerede doms præmis 259-272 med rette behandlede en lang række betragtninger, der var fremført i den anfægtede beslutning. Dette er grunden til, at Retten kunne begrænse sin behandling af prisniveauer til bemærkningen i præmis 267 om, at »rabatordningen med tilbagevirkende kraft [medfører], at den faktiske pris for kunderne for de sidste enheder er meget lav som følge af den afsmittende virkning« [27]. I den forbindelse kom den appellerede dom ikke nærmere ind på spørgsmålet, om diagrammerne i den anfægtede beslutning indeholdt fejl (jf. præmis 268).

47. Kommissionen har med rette anført, at det er uden betydning at kritisere den appellerede dom i forbindelse med spørgsmålet om negative priser, da dette, selv hvis appellen var korrekt i denne henseende, ikke ville være tilstrækkeligt til at begrunde ophævelsen af en konklusion, som Retten er nået frem til efter at have taget hensyn til yderligere betragtninger [28], der ikke selv var blevet anfægtet i appellen. Selv hvis det med andre ord skulle lykkes Tomra at vise, at spørgsmålet om »negative priser« ikke var af grundlæggende betydning for deres sag i første instans, anfægter de i appellen ikke Rettens konklusion om, at spørgsmålet om, hvorvidt en konkurrent ville skulle tilbyde en negativ pris for at sikre salget, ikke var afgørende for konklusionen om, at rabatordningerne med tilbagevirkende kraft udgjorde misbrug.

48. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det tredje appelanbringende er uden betydning.

24 — Jf. f.eks. sag COMP/39 451 – Velux, hvor Kommissionens undersøgelse viste, at Velux havde udformet en betinget rabatordning uden konkurrencebegrænsende udelukkelsesvirkninger, dvs. at konkurrenterne ikke blev udelukket på en måde, der kunne være skadelig for forbrugerne. Jf. også beslutningen fra Det Forenede Kongeriges konkurrencemyndigheder (Office of Fair Trading (»OFT«)) i henhold til section 47 vedrørende beslutning CA98/20/2002, BSkyB af 29.7.2003 (punkt 170 og 178-181), hvor sagsøgerne havde gjort gældende, at enhver bonus eller rabat, som tilbydes af en dominerende virksomhed, har tendens til at begrænse køberens valgmulighed med hensyn til forsyningskilder og derfor umiddelbart udgør et misbrug, som kræver en objektiv begrundelse. Denne opfattelse blev imidlertid afvist af OFT. Jf. også Kommissionens beslutning K(2009) 3726 endelig af 13.5.2009 i sag COMP/C-3/37 990 – Intel, hvor Kommissionen fandt, at sagsøgeren havde begået en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel [102 TEUF] og artikel 54 i EØS-aftalen ved at anvende en strategi med det formål at udelukke konkurrenterne på markedet for x86 CPU'er (jf. sag T-286/09, Intel mod Kommissionen, der verserer for Retten).

25 — Dom af 17.2.2011, sag C-52/09, TeliaSonera, Sml. I, s. 527. Jf. også mit forslag til afgørelse i den pågældende sag.

26 — Dom af 14.10.2010, sag C-280/08 P, Deutsche Telekom mod Kommissionen, Sml. I, s. 9555. Jf. også mit forslag til afgørelse i den pågældende sag.

27 — Dvs. jo tættere en kunde er på at nå en tærskel, der giver ret til at opnå (eller bevare) en rabat på alle de enheder, der er købt tidligere, desto dyrere er det for en konkurrent at sælge til denne kunde. For at kunne konkurrere om enheder inden tærsklen, er konkurrenten nødt til at tilbyde en meget lavere pris. Rabatordningerne afskrækkede således konkurrenterne fra at komme ind på markedet ved at gøre det strukturelt uattraktivt og dyrere, end det ville have været uden rabatterne, uden nogen fordel for kunderne, da denne strategi gjorde det muligt for Tomra at fastholde en høj gennemsnitspris og monopolindtægterne.

28 — Jf. navnlig punkt 41 ff. og fodnote 23.

49. Endelig mener jeg, at det tredje anbringende under alle omstændigheder bør erklæres ugrundet. Det fremgår klart af den appellerede dom, at faktuelle spørgsmål om »negative priser« var genstand for megen diskussion i første instans. Som Kommissionen understregede, anerkendte Tomra, at en konkurrent i mindst to ud af syv eksempler, der blev behandlet i stævningen, ville være nødt til at tilbyde negative priser. Kommissionen fremkom med mange yderligere eksempler på negative priser, som ikke blev anfægtet af Tomra [29]. Med hensyn til dette spørgsmål misforstod Tomra beslutningen ved at antage, at negative priser var en forudsætning for at betragte loyalitetsopbyggende prisordninger som misbrug. Det fremgår klart af den anfægtede beslutning, at den henviste til den »afsmittende virkning«, som rabatordninger med tilbagevirkende kraft medførte (jf. fodnote 27 ovenfor).

50. Den alternative test, som Tomra anser for at være den rigtige, er baseret på en sammenligning mellem omkostning og pris, hvor rabatten ville blive henført til en enkelt enhed eller fordelt på en »række« enheder, som en konkurrent kunne levere, og resultatet ville blive betragtet som den »faktiske pris« for enheden eller enhederne. Ifølge Tomra må retroaktive rabatter, der ikke medfører lavere priser end omkostningerne (selv for én enhed), antages ikke at kunne udelukke konkurrenterne.

51. En sådan test kræves imidlertid ikke i retspraksis.

52. I Michelin II-dommen blev det i præmis 240 fastslået, at »Domstolen således, efter at have beskrevet princippet, som er gengivet i præmis 238 [i den pågældende dom [30]], [forklarede,] at »samtlige omstændigheder [skal] tages i betragtning, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke kan retfærdiggøres af en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine leverandører, har hindret konkurrenternes adgang til markedet, […] over for dets handelspartnere [har] anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi, eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen«« [31].

53. Som Kommissionen med rette har påpeget, har Tomra i denne forbindelse end ikke gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved at anvende disse kriterier.

54. Det er under alle omstændigheder klart, at ifølge retspraksis kræver en konklusion om, at Tomras praksis tilsigtede at svække konkurrencen på markedet eller forhindre, forsinke eller vanskeliggøre, at den opstår eller udvides, ikke en sammenligning mellem pris og omkostning. En sådan analyse kan imidlertid være nyttig til at vurdere omfanget af virkningerne af denne praksis mere præcist. F.eks. kunne den være en hjælp for Kommissionen ved afgørelsen af, om den pågældende praksis blot vanskeliggjorde adgang og ekspansion, eller om den gjorde dette økonomisk umuligt.

55. Jeg mener, at Retten anvendte Domstolens praksis korrekt, da den i præmis 289 fastslog, at »det til fastlæggelse af, om artikel [102 TEUF] er blevet overtrådt, ikke er nødvendigt at godtgøre, at misbruget har haft en konkret virkning på de pågældende markeder. Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til [formål] at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning« [32]. Det bemærkes, at Tomra ikke har anfægtet denne konklusion i den foreliggende appel.

29 — Kommissionen har anført eksempler på rabatter, der har ført til negative priser for kunderne, Rimi Svenska, KB Exonen, Netto, Norgesgruppen, HakonGruppen og Rema 1000 (jf. punkt 68 og 69 i duplikken i første instans).

30 — Dvs. »at »misbrug« er et objektivt begreb, som omfatter en adfærd fra en virksomhed i en dominerende stilling, som kan påvirke strukturen af et marked, hvor konkurrencen, netop på grund af den pågældende virksomheds tilstedeværelse, allerede er begrænset, og som ved at anvende midler, der er anderledes end dem, der regulerer en normal konkurrence på produkter og tjenesteydelser på grundlag af erhvervsdrivendes ydelser, skaber en hindring for at opretholde den bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence« (jf. bl.a. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 91).

31 — I den pågældende dom (Michelin II, nævnt ovenfor i fodnote 22) henvises til dom af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (»Michelin I«), Sml. s. 3461, præmis 73.

32 — Jf. Michelin II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 239, og dommen i sagen British Airways mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 293.

56. Det er under alle omstændigheder vigtigt at erindre om det, jeg anførte i punkt 42 f. ovenfor: I den foreliggende sag blev det i den anfægtede beslutning ikke kun undersøgt abstrakt, om eksklusiviteten eller rabatterne »i kraft af deres beskaffenhed« kunne indvirke negativt på konkurrencen. Det blev derimod også påvist, at denne praksis tilsigtede eller kunne have sådanne virkninger under de foreliggende omstændigheder. Dette er netop den rigtige tilgang. En henvisning til negative virkninger bør klart ikke ske mekanisk. Den (sandsynlige) eksistens af sådanne udelukkelsesvirkninger i et konkret tilfælde bør ikke kun antages, men skal vurderes og påvises.

57. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at Retten ikke begik en proceduremæssig fejl eller en retlig fejl ved undersøgelsen af de retroaktive rabatter. Som følge heraf bør det tredje appelanbringende forkastes som ugrundet.

D – *Det fjerde appelanbringende, hvorefter Retten begik en retlig fejl og undlod at give en rimelig begrundelse ved afgørelsen af, om aftaler, i hvilke Tomra er omtalt som »foretrukne, hovedsagelige eller hovedleverandører«, kan betegnes som eksklusivitetsaftaler (den appellerede doms præmis 55-67)*

58. Tomra har i det væsentlige anført, at Retten begik en retlig fejl og undlod at give en rimelig begrundelse ved afgørelsen af, om aftaler, i hvilke Tomra er omtalt som »foretrukne, hovedsagelige eller hovedleverandører«, kan beskrives som eksklusivitetsaftaler og misbrug. Efter at have forkastet argumentet om, at vurderingen skulle tage hensyn til, om aftalerne var bindende eksklusivitetsaftaler i national ret, undlod Retten at undersøge og fastslå, om alle de pågældende aftaler indeholdt incitamenter til udelukkende at indkøbe fra Tomra, som krævet i dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen. Tomra har anført, at Retten kun støttede sig på Tomras angiveligt subjektive hensigter, da den konkluderede, at alle de pågældende aftaler var eksklusive.

59. I præmis 57 fastslog Retten – i) generelt – at det var »på grundlag af de bevisforhold, som Kommissionen havde til rådighed vedrørende parternes hensigt, at den i den anfægtede beslutning endvidere har kvalificeret aftalerne om »foretrukne leverandører« som eksklusive. Disse beviser godtgør, at aftalerne faktisk tilsigtede eksklusivitet og blev forstået således uafhængigt af, om de var eksigible i henhold til national aftaleret«. Retten fastslog desuden senere i den appellerede dom (i præmis 58-66) – ii) specifikt – at ovennævnte var gældende for hver aftale.

60. Det følger heraf, at Retten klart fandt, at spørgsmålet, om disse aftaler af de berørte parter blev forstået som en forpligtelse til eksklusivitet, var et faktuelt spørgsmål, som skulle afgøres på grundlag af de foreliggende beviser og ikke på grundlag af de nationale bestemmelser, der fandt anvendelse på de forskellige aftaler.

61. Tomra anfægter derfor en faktisk konstatering [33] i den appellerede dom.

62. Kommissionen har med rette gjort gældende, at Tomra kunne have valgt at anfægte den retlige begrundelse for Rettens konklusion; de kunne have gjort gældende, at eksistensen af en forpligtelse til eksklusivitet skal afgøres efter national aftaleret alene, og dette var da også Tomras standpunkt i første instans.

63. Det er imidlertid ikke deres standpunkt i den foreliggende appel. Punkt 39 i appelskriftet synes at anerkende, at dette anbringende blev forkastet af Retten, men det står fast, at denne forkastelse ikke anfægtes i forbindelse med appellen. Det bemærkes, at konklusionerne i samme retning i den appellerede doms præmis 223 og 298 ikke anfægtes med appellen.

33 — Den omstændighed, at aftalerne udpegede Tomra som »foretrukne, hovedsagelige eller hovedleverandører«, indebar en forpligtelse til eksklusivitet.

64. I modsætning til det, Tomra har gjort gældende i den foreliggende appel, mener jeg, at Retten faktisk »undersøgte, om en aftale indeholder incitamenter til udelukkende at indkøbe fra leverandøren«, da den konkluderede, at der forelå eksklusivitet. Den undersøgte i detaljer de specifikke argumenter, der var fremført i den henseende, og forkastede dem i den appellerede doms præmis 88-197 på grundlag af de fremlagte beviser.

65. Ifølge retspraksis udgør Rettens vurdering af beviserne ikke et retsspørgsmål i forbindelse med en appel, medmindre »oplysningerne er gengivet urigtigt« [34].

66. Da Tomra hverken har vist eller for den sags skyld hævdet, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder og beviserne urigtigt, er det efter min opfattelse nødvendigt at afvise denne del af det fjerde appelanbringende.

67. Tomra har endvidere gjort gældende, at Retten undlod at undersøge, om aftalerne indeholdt »andre incitamenter« til udelukkende at indkøbe fra dem. Tomra har bemærket, at Retten undlod at undersøge, om der var objektive incitamenter i alle aftaler, således at de alle kunne betegnes som eksklusive. Retten skal undersøge, om en aftale indeholder incitamenter til udelukkende at indkøbe fra leverandøren, for at kunne konkludere, at aftalen er eksklusiv. Ved at undlade at vurdere hver aftale på denne måde begik Retten en retlig fejl.

68. Jeg er enig med Kommissionen i, at det fjerde appelanbringende synes at afspejle en betydelig forskydning i Tomras argumentation.

69. I punkt 36 i appelskriftet har Tomra gjort gældende, at Retten »undlod at undersøge og fastslå, om alle de pågældende aftaler indeholdt incitamenter til udelukkende at indkøbe fra [Tomra], efter at have forkastet [Tomras] argument om, at Retten i sin vurdering skulle tage hensyn til, om aftalerne var bindende eksklusivitetsaftaler i national ret«.

70. Det erkendes faktisk i appelskriftet, at anbringendet i første instans blev forkastet, men alligevel anfægtes Rettens forkastelse af det pågældende anbringende ikke. Det fremgår derimod, at Tomra, efter at anbringendet i første instans ikke var blevet taget til følge, nu i stedet på egne præmisser har fremført et helt andet anbringende om, at Retten undlod at undersøge, om aftalerne indeholdt andre »incitamenter« til udelukkende at indkøbe fra Tomra.

71. Selv om Retten ikke var anmodet om at undersøge det anbringende, der nu er fremført, fremstilles det således ikke desto mindre som et appelanbringende rettet mod dommen. Inspirationen til denne forskydning i Tomras argumentation synes at være henvisningen i den appellerede dom (præmis 59) til præmis 89 og 90 i dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen.

72. Heraf følger, at det fjerde appelanbringende udgør et nyt anbringende. Ifølge Domstolens praksis er »[e]n parts adgang til først for Domstolen at fremføre et anbringende, der ikke er blevet fremført for Retten, [...] ensbetydende med en adgang til at forelægge Domstolen, der har en begrænset kompetence i appelsager, en mere omfattende tvist end den, der blev forelagt Retten. Under en appel har Domstolen således kun kompetence til at tage stilling til den retlige afgørelse, der er blevet truffet vedrørende de anbringender, der er blevet behandlet i første instans« [35].

73. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det fjerde appelanbringende bør afvises i det hele.

74. Selv hvis Domstolen skulle fastslå, at det fjerde appelanbringende ikke er et nyt anbringende og ikke anfægter Rettens vurdering af beviserne, er det efter min opfattelse under alle omstændigheder lykkedes Kommissionen at påvise, at det fjerde appelanbringende er ugrundet.

34 — Jf. f.eks. kendelse af 11.4.2002, sag C-481/01 P(R), NDC Health mod IMS Health og Kommissionen, Sml. I, s. 3401, præmis 88. Jf. også dom af 14.7.2005, forenede sager C-65/02 P og C-73/02 P, ThyssenKrupp mod Kommissionen (»Legeringstillæg«), Sml. I, s. 6773, præmis 80-87, af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (»Cement«), Sml. I, s. 123, præmis 48 og 49.

35 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 59.

75. Et argument om, at det foruden en eksklusivitetsklausul er nødvendigt med et yderligere incitament for at opfylde testen i præmis 89 og 90 i den ovenfor behandlede dom i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, bygger på en misforståelse af denne dom.

76. Følgende blev fastslået i den appellerede doms præmis 296 (der ikke anfægtes med appellen): »Såvel eksklusive købsforpligtelser af denne art – uanset om de modsvares af en bonusydelse – som ydelse af loyalitetspræmier for at tilskynde køberen til udelukkende at foretage indkøb hos den markedsdominerende virksomhed er nemlig uforenelige med målsætningen om, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke må fordrejes, idet disse forpligtelser eller ydelser ikke beror på en økonomisk ydelse, som retfærdiggør forpligtelsen eller fordelen, men har til formål at gøre det umuligt for køberen eller at lægge køberen hindringer i vejen for at kunne vælge sine forsyningskilder samt på at spærre adgangen til markedet for producenterne« [36]. Det fremgår klart af dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen og af den sammenhæng, hvori den blev nævnt i den appellerede doms præmis 59, at en forpligtelse til eksklusivitet, uanset dens status og eksigibilitet i henhold til national aftaleret, i sig selv er et incitament til eksklusivitet.

77. Dette er faktisk det, Retten fastslog, først i præmis 223 generelt vedrørende Tomras praksis, og dernæst i præmis 298 specielt med hensyn til mængdeforpligtelser.

78. Det hedder i præmis 223, at »hvad angår den omstændighed, at supermarkedskæderne er professionelle købere, som kunne sammenligne og vælge mellem [Tomras] og konkurrenternes returautomater, [skal det] bemærkes, at [Tomras] adfærd åbenbart var udviklet for at indføre midler, der tilskyndede kunderne til ikke at forsyne sig hos andre leverandører, og at opretholde denne situation«.

79. Det hedder i præmis 298, at »[i]ndividuelle mængdeforpligtelser som dem, der henvises til i 302. betragtning til den anfægtede beslutning, og som de facto binder og/eller tilskynder en køber til udelukkende eller for en betydelig del af sit behov at forsyne sig hos en virksomhed i en dominerende stilling, og som ikke er støttet på en økonomisk ydelse, der begrunder denne byrde eller denne fordel, men tilsigter at fjerne eller begrænse køberens valgmulighed hvad angår forsyningskilder og at blokere producenternes adgang til markedet, udgør misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel [102 TEUF], *selv om det anerkendes, at de ikke binder køberen ved en formel forpligtelse*« [37].

80. Som Kommissionen påpegede, er denne del af den appellerede dom ikke anfægtet af Tomra. Heraf følger, at denne del af det fjerde appelanbringende er både ugrundet og uden betydning.

81. Desuden opfylder det fjerde anbringende ikke kravene i procesreglementets artikel 38, stk. 1, litra c). Den eneste passage i appelskriftet, hvor Tomra henviser til de andre aftaler, der udpeger dem som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, som angiveligt blev vurderet urigtigt af Retten, er intet andet end en fodnote, som blot anfører fire aftaler uden nogen som helst forklaring. Dette kan ikke anses for at være et tilstrækkeligt begrundet anbringende i overensstemmelse med artikel 38, stk. 1, litra c).

82. I punkt 38 i appelskriftet erkender Tomra, at den appellerede dom nævner nogle aftaler, »som indeholdt mængdeforpligtelser eller progressive rabatter med tilbagevirkende kraft«. Det fremgår imidlertid af appelskriftet, at det ikke er tilstrækkeligt at anføre på grundlag af disse få eksempler, at alle aftaler, der anvendte udtrykkene »foretrukne«, »hoved-« eller »første«, indeholdt incitamenter til udelukkende at indkøbe fra Tomra. I deres replik har Tomra gjort gældende, at den »retlige fejl«, som Retten angiveligt begik, består i »for hver aftale at undlade at foretage« den form for analyse, som Retten foretog i forbindelse med nogle aftaler i den appellerede doms præmis 60.

36 — Der henvises til dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 90.

37 — Min fremhævelse. Der henvises i denne henseende til dom af 23.10.2003, sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 84 og 160.

83. Det står imidlertid fast, at der i appelskriftet blot anføres fire aftaler (i en fodnote), der angiveligt blev vurderet urigtigt på denne måde, uden at der gives nogen forklaring.

84. Kommissionen har med rette påpeget, at en af disse fire aftaler (Royal Ahold) faktisk hører blandt de aftaler, der er nævnt i den appellerede doms præmis 60. Det synes derfor at være et af de »få eksempler«, hvor Tomra har erkendt, at Retten korrekt undersøgte eksistensen af incitamenter. Endvidere er to andre aftaler (Edeka Baden-Württemberg (2000) og COOP Schleswig-Holstein (2000)) faktisk ikke aftaler om »foretrukne«, »hoved-« eller »første leverandører«. Der er derimod udtrykkeligt tale om eksklusivitetsaftaler. Endelig med hensyn til Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen (Kooperationsverbund Süd) (1998-1999) omfattede de oplysninger, Retten var forelagt, vilkårene i aftalen og de interne dokumenter, der beskriver resultaterne af forhandlingerne [38], en e-mail inden for Tomra Germany, der henviser til tidligere mundtlig kontakt og beskriver resultatet af forhandlingerne, gør det klart, at aftalen blev forstået som eksklusiv [39], og betydningen af en klausul, der kun giver mulighed for at købe returautomater hos konkurrenterne, »hvis de frembyder betydelige fordele« eller »med henblik på at prøve dem«, på meget strenge betingelser [40].

85. Jeg er derfor af den opfattelse, at det er klart, at Tomras argumenter i det fjerde appelanbringende ikke på nogen måde svækker konklusionerne i den appellerede dom om den eksklusive karakter af Tomras aftaler.

86. Det følger af det ovenstående, at Retten ikke begik en retlig fejl og heller ikke undlod at give en rimelig begrundelse ved afgørelsen af, om aftaler, i hvilke Tomra er omtalt som »foretrukne, hovedsagelige eller hovedleverandører«, kan betegnes som eksklusivitetsaftaler. Det er derfor nødvendigt at forkaste det fjerde appelanbringende som ugrundet.

E – *Det femte appelanbringende, hvorefter Retten ved undersøgelsen af bøden begik en retlig fejl ved ikke at anvende ligebehandlingsprincippet korrekt (den appellerede doms præmis 310-321)*

87. Tomra har i det væsentlige gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved ikke at anvende ligebehandlingsprincippet korrekt, da den undersøgte den bøde, som Kommissionen havde pålagt. Dette princip kræver, at Kommissionen ikke pålægger en virksomhed en bøde, der er væsentlig højere end den bøde, der er pålagt andre virksomheder i en tilsvarende situation.

88. Kommissionen har anført, at den påståede overtrædelse var entydig [41] og var begået forsætligt. Der var ingen særlige omstændigheder, som kunne begrunde en nedsættelse af bøden. Kommissionen har tilføjet, at bøden i den foreliggende sag ikke er usædvanlig eller særlig streng.

89. Jeg finder Tomras argument retligt ugrundet.

90. Appellen anfægter bødens størrelse ved i det væsentlige at gentage nogle af de argumenter, der blev fremført i første instans. Efter min opfattelse anvendte Retten imidlertid den relevante retspraksis korrekt og begik ikke en retlig fejl i sin dom.

91. Jeg henviser til den retspraksis, der er nævnt i den appellerede doms præmis 310-321, og vil begrænse mig til kun at fremsætte følgende få bemærkninger.

38 — Der henvises til 192.-194. betragtning til den anfægtede beslutning samt fodnote 415 deri.

39 — »Es wird einen Exklusivvertrag mit Tomra zu den Bedingungen vom 20.3.98 geben« (*Der indgås en eksklusivaftale med Tomra på betingelserne af 20.03.98*). Bilag B.1 til replikken, s. 6686 i Kommissionens sagsakter.

40 — Artikel 4 har følgende ordlyd: »Die Kooperationspartner sowie deren Regiebetriebe haben die Möglichkeit, jeweils einen Testmarkt innerhalb des Zeitraums mit Wettbewerbserzeugnissen auszustatten« (*Samarbejdspartnerne og deres salgssteder har mulighed for at etablere et testmarked hver for konkurrerende produkter i denne periode*). Stævning, bilag A-21, s. 892.

41 — Denne type overtrædelse er tidligere blevet behandlet i flere beslutninger og domme. Der henvises bl.a. til dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 517 ff., dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 90 ff., Michelin I-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 31, præmis 62 ff., dom af 29.3.2001, sag C-163/99, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 2613, præmis 50 ff., dommen i sagen British Airways mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 19, dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 101, af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 71 og 120, af 7.10.1999, sag T-228/97, Irish Sugar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969, præmis 198, 201 og 213, Michelin II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 53 ff., og dommen i sagen Solvay mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 19.

92. Ifølge retspraksis [42] kan Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke i sig selv bruges som retlig ramme for bøderne på konkurrenceområdet, eftersom denne ramme alene fastlægges i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 [43]. Desuden kan den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de i forordning nr. 1/2003 angivne rammer, hvis det er nødvendigt for at gennemføre EU's konkurrencepolitik. For at EU's konkurrenceregler kan gennemføres effektivt, må Kommissionen tværtimod til enhver tid have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter denne politiks krav [44]. Da bøderne desuden udgør et instrument i Kommissionens konkurrencepolitik, bør den derfor have et vist skøn ved udmålingen af bøderne, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne [45].

93. Desuden kan Kommissionen ikke kritiseres for, at den i forbindelse med overtrædelser, der er sammenlignelige med hensyn til grovheden, i forskellige sager ikke pålægger bøder, der udgør samme forholdsmæssige del af omsætningen [46].

94. Jeg er enig med Kommissionen i, at der ikke er nogen gyldig grund til, at en sammenligning af en bødes størrelse i forbindelse med ligebehandlingsprincippet skal baseres på procentdelen af den samlede omsætning. Bødens størrelse kunne vurderes som en funktion af det absolutte beløb eller på grundlag af andre relative parametre såsom berørt salg eller opnået overskud. Den samlede omsætning har ingen særlig relevans i denne henseende. Bøder beregnes ikke som en forholdsmæssig del af den samlede omsætning.

95. Domstolen har fastslået, at »det ikke [påhviler] Kommissionen, når den udmåler bøderne under hensyn til den pågældende overtrædelses grovhed og varighed, at foretage bødeberegningen på grundlag af beløb, der er baseret på de berørte virksomheders omsætning« [47].

96. I henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 må bøderne ikke overstige 10% af virksomhedens omsætning i det foregående regnskabsår. Det er klart, at den absolutte grænse for det bødebeløb, der kan pålægges, ikke blev overskredet i den foreliggende sag. Det bemærkes i øvrigt, at grænsen på 10% faktisk blev nået i mange nylige sager: Mellem 1998 og 2009 fik ikke færre end 24 adressater for kommissionsbeslutninger nedsat deres bøder, da det endelige bødebeløb oversteg 10% af deres samlede omsætning – dermed blev denne absolutte grænse generelt nået i forbindelse med ca. 10% af adressaterne.

97. Efter min opfattelse begik Retten ved undersøgelsen af bøden i den appellerede dom ikke en retlig fejl vedrørende ligebehandlingsprincippet og anvendte retspraksis korrekt. Retten fastslog i det væsentlige med rette, at bøden i den foreliggende sag var i overensstemmelse med Kommissionens forpligtelser i henhold til de gældende retningslinjer for bødeberegning [48]. Tomras argument om, at den eneste måde, hvorpå Retten kunne sikre, at der ikke var tale om forskelsbehandling, var, at den vurderede »niveauet« af de bøder, der blev pålagt af Kommissionen på tidspunktet for den anfægtede beslutning, på grundlag af andre, sammenlignelige sager, må derfor forkastes.

42 — Jf. dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 205. Jf. også f.eks. dom af 29.11.2005, sag T-52/02, SNCZ mod Kommissionen, Sml. II, s. 5005, præmis 77. Kommissionen kan frit ændre den vægt, som den tillægger forskellige faktorer, ved sin vurdering af overtrædelsens grovhed, jf. dom af 14.5.1998, sag T-347/94, Mayr-Melnhof mod Kommissionen, Sml. II, s. 1751, præmis 368, og af 18.7.2005, sag T-241/01, Scandinavian Airlines System mod Kommissionen, Sml. II, s. 2917, præmis 132 (den omstændighed, at Kommissionen tidligere kan have betragtet en overtrædelse af den pågældende type som mindre alvorlig, er irrelevant).

43 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

44 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s, 1825, præmis 109.

45 — Dom af 11.12.1996, sag T-49/95, Van Megen Sports mod Kommissionen, Sml. II, s. 1799, præmis 53.

46 — Jf. i den henseende dommen i sagen SNCZ mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 79, og dom af 13.1.2004, sag T-67/01, JCB Service mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 187-189.

47 — Jf. bl.a. dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 42, præmis 255.

48 — Som Kommissionen påpegede i relation til Tomras argumenter om, at bøden udgjorde 8% af Tomras omsætning, kan det som illustration nævnes, at det endelige bødebeløb synes at svare til ca. 7,14% af Tomras omsætning. Under hensyntagen til overtrædelsens varighed (dvs. fem år, hvilket aldrig er blevet anfægtet) udgjorde bøden ca. 1,6% af Tomras samlede omsætning i overtrædelsesperioden.

98. Som følge heraf bør det femte appelanbringende forkastes.

99. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at appellen bør forkastes i det hele.

IV – Forslag til afgørelse

100. På baggrund af det ovenstående som helhed foreslår jeg, at Domstolen:

— forkaster appellen

— pålægger Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB og Tomra Butikksystemer AS at bære deres egne omkostninger og at betale Europa-Kommissionens omkostninger.