RETTENS DOM (Femte Afdeling)

9. september 2010 *

I sag T-155/06,

Tomra Systems ASA, Asker (Norge),

Tomra Europe AS, Asker,

Tomra Systems GmbH, Hilden (Tyskland),

Tomra Systems BV, Apeldoorn (Nederlandene),

Tomra Leergutsysteme GmbH, Wien (Østrig),

Tomra Systems AB, Sollentuna (Sverige),

* Processprog: engelsk.

Tomra Butikksystemer AS, Asker,

først ved solicitor A. Ryan, og advokat J. Midthjell, derefter ved solicitors A. Ryan og N. Frey,

sagsøgere,

mod

Europa-Kommissionen ved E. Gippini Fournier, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2006) 734 endelig af 29. marts 2006 om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 (sag COMP/E-1/38.113 — Prokent-Tomra)

har

RETTEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne M. Prek og V.M. Ciucă (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig Norel Rosner,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 14. januar 2010,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Tomra Systems ASA er moderselskabet i Tomra-koncernen. Tomra Europe AS samordner de europæiske forhandlerdatterselskabers aktiviteter inden for koncernen. De forhandlerdatterselskaber, der er omhandlet af denne sag, er Tomra Systems GmbH i Tyskland, Tomra System BV i Nederlandene, Tomra Leergutsysteme GmbH i Østrig, Tomra System AB i Sverige og Tomra Butikksystemer AS i Norge (herefter sammen med Tomra Systems ASA og Tomra Europe AS »sagsøgerne«). Tomra-koncernen fremstiller returautomater til tom drikkevareemballage (herefter »returautomater«), som er maskiner til indsamling af brugt drikkevareemballage, der identificerer den

anbragte emballage ud fra bestemte parametre, såsom formen og/eller stregkoden, og beregner den pant, kunden skal have udbetalt. Koncernen leverer ligeledes tjenesteydelser knyttet til returautomater over hele verden. I 2005 havde Tomra-koncernen en omsætning på ca. 300 mio. EUR og havde 1 900 ansatte.

2 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber modtog den 26. marts 2001 en klage fra Prokent AG, som er et tysk selskab, der ligeledes virker inden for sektoren for indsamling af tom drikkevareemballage samt tilknyttede varer og tjenesteydelser. Prokent anmodede Kommissionen om at undersøge, om sagsøgerne havde misbrugt en dominerende stilling ved at hindre selskabet i at få adgang til markedet.

3 Den 26. og 27. september 2001 foretog Kommissionen en kontrolundersøgelse hos Tomra Systems GmbH i Tyskland og Tomra Systems BV i Nederlandene. Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelsorganisation (EFTA) foretog på Kommissionens anmodning kontrolundersøgelser hos Tomra Systems ASA og dets datterselskaber i Norge. Efterfølgende anmodede Kommissionen Tomra Systems ASA og flere af selskabets konkurrenter og kunder om oplysninger i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81).

4 Den 23. december 2002 erklærede sagsøgerne i en skrivelse til Kommissionen, at de bragte eksklusivitetsaftalerne til ophør og ikke længere ville anvende loyalitetsbonusordninger.

5 Den 30. marts 2004 indleverede sagsøgernes advokat Tomra-koncernens program for at bringe sig i overensstemmelse med konkurrencen, der ville finde anvendelse fra den 1. april 2004.

6 Den 1. september 2004 sendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS og Tomra-koncernens datterselskaber i seks kontraherende medlemsstater inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«), som sagsøgerne besvarede den 22. november 2004. Der blev foretaget høring den 7. december 2004. Den 19. april 2005 anmodede Kommissionen om yderligere oplysninger, som sagsøgerne fremlagde den 25. april og 3. maj 2005.

Den anfægtede beslutning

7 Den 29. marts 2006 vedtog Kommissionen beslutning K(2006) 734 endelig om en procedure i henhold til artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 (herefter »den anfægtede beslutning«), idet et resumé af denne beslutning er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 28. august (C 219, s. 11). Kommissionen har heri fastslået, at sagsøgerne har tilsidesat artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54 i perioden fra 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 har lukket markederne for konkurrence.

I — *Det pågældende marked*

8 Hvad angår markedet for de pågældende varer anføres det i den anfægtede beslutning, at Kommissionen for vurderingen heraf har taget udgangspunkt i princippet om, at der fandtes et specifikt marked for avancerede returautomater eller andre avancerede systemer, som bl.a. omfatter enhver returautomat, der kan installeres gennem en mur og forbindes med et teknikrum, og et overordnet marked, som omfatter såvel avancerede maskiner som mindre avancerede maskiner. Kommissionen besluttede

imidlertid at anvende den bredeste markedsdefinition som arbejdsgrundlag, eftersom den medfører mere fordelagtige tal til gavn for sagsøgerne.

9 Hvad angår det pågældende geografiske marked har Kommissionen i den anfægtede beslutning fastslået, at konkurrencebetingelserne i EØS ikke var homogene i den vurderede periode, og at de pågældende geografiske markeder er de nationale markeder.

II — *Dominerende stilling*

10 Kommissionen har, efter at den bl.a. har fastslået, at sagsøgernes markedsandele i Europa konstant var højere end 70 % før 1997, at de efter 1997 oversteg 95 %, og at sagsøgernes markedsandel på alle de berørte markeder var mange gange større end konkurrenternes, i den anfægtede beslutning konstateret, at Tomra-koncernen var en virksomhed med en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54.

III — *Misbrug*

11 Det anføres i den anfægtede beslutning, at sagsøgerne har udarbejdet en strategi, der har konkurrencebegrænsende formål eller virkning, både i forhold til deres adfærd og koncernens interne drøftelser. Kommissionen har anført i beslutningen, at

sagsøgerne tilsigtede 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. Det præciseres, at denne strategi blev iværksat ved underskrivelsen af 49 aftaler mellem 1998 og 2002 mellem sagsøgerne og et vist antal supermarkedskæder i form af eksklusivitetsaftaler, der pålagde et mål med individuelle mængdeforpligtelser og individuelle bonusordninger med tilbagevirkende kraft.

12 Det følger ligeledes af den anfægtede beslutning, at selv om de aftaler, klausuler og betingelser, der ses i denne sag, indebærer andre forhold, såsom udtrykkelige eller de facto-eksklusivitetsklausuler, tilsagn eller løfter fra kunderne om at købe mængder, der svarer til en betydelig del af disse kunders behov, eller rabatordninger med tilbagevirkende kraft forbundet med kundernes behov eller endog en kombination af disse forhold, skal de ifølge Kommissionen være fastsat i sagsøgernes almindelige politik for at opstille hindringer for eksisterende og potentielle konkurrenters markedsadgang, afsætningsadgang og vækstmuligheder og endelig for at udelukke dem fra markedet, hvorved der skabes en monopollignende situation.

13 For det første kan eksklusivitetsklausuler ifølge den anfægtede beslutning virke markedsafskærmende i kraft af deres beskaffenhed, for så vidt som de forpligter kunderne til at dække samtlige eller en væsentlig del af deres behov fra en dominerende leverandør. Eftersom sagsøgerne havde en dominerende stilling på markedet, og disse eksklusivitetsklausuler er blevet anvendt på en del af den samlede efterspørgsel, som Kommissionen kvalificerede som væsentlig, har Kommissionen i denne sag heraf udledt, at de eksklusivitetsaftaler, sagsøgerne har indgået, var af en sådan beskaffenhed, at de kunne have og faktisk har haft en markedsafskærmende virkning, der har fordrejet markedet. Det fastslås i den anfægtede beslutning, at der i denne sag ikke foreligger omstændigheder, der undtagelsesvis kunne berettige eksklusivitet eller

lignende ordninger, og at sagsøgerne heller ikke har kunnet berettige deres praksis ud fra hensyn til omkostningsbesparelser.

14 Det tilføjes endvidere i den anfægtede beslutning, at prisnedslag for kundespecifikke mængder, der modsvarer hele eller næsten hele efterspørgslen, har samme virkning som udtrykkelige eksklusivitetsklausuler, idet de foranlediger kunden til at dække samtlige eller næsten alle behov fra en dominerende virksomhed. Det samme gælder loyalitetsbonusser, dvs. bonusser, som er betinget af, at kunden dækker samtlige eller størstedelen af sine behov fra en dominerende leverandør. Det er ifølge Kommissionen ikke afgørende for de pågældende aftalers eller betingelsers konkurrencebegrænsende karakter, om den pligtige købsmængde er udtrykt i absolutte tal eller i forhold til en vis procentdel. Med hensyn til aftalerne indgået af sagsøgerne præciseres det i beslutningen, at de anførte mængdemål udgjorde kundespecifikke forpligtelser, som var forskellige fra den ene kunde til den anden, uanset kundens størrelse og købsmængde, og som enten svarede til hele kundens behov eller til størstedelen heraf eller endog oversteg behovene. Det tilføjes i den anfægtede beslutning, at sagsøgernes politik, som bestod i at binde kunder, navnlig nøglekunder, gennem aftaler, hvis formål var at udelukke konkurrenter fra markedet og nægte dem mulighed for vækst, med al tydelighed fremgår af dokumenter vedrørende sagsøgernes strategi, deres forhandlinger og de tilbud, kunderne modtog. I betragtning af beskaffenheden af markedet for returautomatløsninger og de særlige karakteristika for selve produktet, navnlig den gennemsigtige og ret forudsigelige efterspørgsel efter maskiner for hver enkelt kunde og for hvert enkelt år, har Kommissionen fastslået, at sagsøgerne havde det nødvendige kendskab til markedet, så de realistisk kunne anslå hver enkelt kundes omtrentlige efterspørgsel.

15 Hvad angår bonusordningerne har Kommissionen i den anfægtede beslutning endvidere bemærket, at de var skræddersyede for hver enkelt kunde, og tærsklerne var forbundne med kundens samlede behov eller en stor andel heraf. De blev fastlagt på

grundlag af kundens anslåede behov og/eller tidligere indkøbsmængder. Tilskyndelsen til helt eller næsten udelukkende at købe fra sagsøgerne er i henhold til beslutningen særlig stærk, når tærskler som de af sagsøgerne anvendte kombineres med en ordning, hvorefter der opnås en bonus eller en mere fordelagtig tærskel i forhold til samtlige indkøb foretaget af kunden i den pågældende referenceperiode og ikke udelukkende i forhold til den indkøbsmængde, der overstiger den pågældende tærskel. I en ordning med tilbagevirkende kraft føler en kunde, der har påbegyndt indkøb fra sagsøgerne, en meget sandsynlig situation set i lyset af disses stærke markedsstilling, sig således stærkt tilskyndet til at nå den bonusudløsende tærskel for at nedbringe prisen på samtlige indkøb fra sagsøgerne. Det anføres, at denne tilskyndelse øges, jo nærmere kunden kommer den pågældende tærskel. Kommissionen har fastslået, at kombinationen af en bonusordning med tilbagevirkende kraft og en tærskel eller tærskler, der modsvarer det samlede behov eller en stor andel heraf, udgjorde en betydelig tilskyndelse til at købe alt eller næsten alt udstyr fra sagsøgerne og kunstigt forøgede de omkostninger, der ville være forbundet med at skifte til en anden leverandør, selv for et mindre antal enheder. Kommissionen har heraf udledt, at de pågældende bonusordninger i overensstemmelse med retspraksis må betegnes som loyalitetsopbyggende og således som loyalitetsbonusordninger.

16 Endelig anføres det i den anfægtede beslutning, at selv om det, som fastslået i de sager, der lå til grund for Rettens dom af 30. september 2003, Michelin mod Kommissionen (sag T-203/01, Sml. II, s. 4071, præmis 239, herefter »Michelin II-dommen«) og af 17. december 2003, British Airways mod Kommissionen (sag T-219/99, Sml. II, s. 5917, præmis 293), for at godtgøre, at der foreligger et misbrug i henhold til artikel 82 EF, er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomheds misbrug har til hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning, har Kommissionen fuldendt sin analyse ved at undersøge den sandsynlige virkning af sagsøgernes adfærd på markedet for returautomater. Det bemærkes i den henseende i den anfægtede beslutning, at sagsøgernes markedsandele på hvert af de pågældende fem nationale markeder under hele den undersøgte periode, dvs. fra 1998 til 2002, forblev forholdsvis stabil. Samtidigt forblev konkurrenternes markedsstilling temmelig svag og ustabil. En af disse, klageren, der klarede

sig godt, udgik fra markedet i 2003 efter at have opnået en markedsandel på 18 % på det tyske marked i 2001. Andre konkurrenter, der havde udvist potentiale og evne til at tilegne sig større markedsandele, blev fjernet ved, at sagsøgerne overtog dem, f.eks. Halton og Eleiko. Endvidere kom sagsøgernes udelukkelsesstrategi, som den gennemførtes i hele perioden fra 1998 til 2002, ifølge Kommissionen til udtryk i ændringerne i fordelingen af andelen af det bundne marked og markedsaktørernes afsætning. Nogle kunder påbegyndte ifølge den anfægtede beslutning endvidere at købe flere konkurrerende produkter efter udløbet af deres eksklusivitetsaftaler med sagsøgerne. Ud over fraværet af omkostningsfordele, der kunne berettige sagsøgernes praksis, var der i denne sag heller ingen fordele for forbrugerne. Det fremgår således af den anfægtede beslutning, at prisen for sagsøgernes returautomater ikke faldt som følge af større afsatte mængder, og at prisen tværtimod forblev på samme niveau eller steg i løbet af det undersøgte tidsrum.

IV — *Bøden*

17 Det præciseres i den anfægtede beslutning, at vurderingen af grovheden af sagsøgernes misbrug bør tage hensyn til, at sagsøgerne bevidst iværksatte den pågældende praksis inden for rammerne af deres udelukkelsesstrategi, men ligeledes til det geografiske omfang af dette misbrug, nemlig den omstændighed, at den dækkede det geografiske område for fem EØS-lande: Tyskland, Nederlandene, Østrig, Sverige og Norge. Omvendt skal der ifølge Kommissionen ligeledes tages hensyn til, at overtrædelsen ikke dækker hele den undersøgte periode på hvert af de pågældende nationale markeder, og at overtrædelsens intensitet inden for hvert af de nationale markeder kan have været af forskellig grad på forskellige tidspunkter.

18 Særligt er det i 394. betragtning til den anfægtede beslutning præciseret, at overtrædelsen vedrører følgende områder og perioder:

— Tyskland: 1998-2002

— Nederlandene: 1998-2002

— Østrig: 1999-2001

— Sverige: 1999-2002

— Norge: 1998-2001

19 Kommissionen har fastslået, at der var tale om en alvorlig overtrædelse, og har fastsat bødens grundbeløb til 16 mio. EUR, idet den har lagt den femårige periode mellem 1998 og 2002 til grund. Bødens grundbeløb er forhøjet med 10 % for hvert hele

overtrædelsesår. Endelig anføres det i beslutningen, at der ikke foreligger skærpende og formildende omstændigheder.

20 Den anfægtede beslutnings dispositive del er affattet som følger:

»*Artikel 1*

[Sagsøgerne] har overtrådt artikel 82 [EF] og EØS-aftalens artikel 54 i tidsrummet 1998-2002 ved at gennemføre en udelukkelsesstrategi på de nationale markeder for returautomater i [Tyskland Nederlandene, Østrig, Sverige og Norge] ved brug af eksklusivitetsaftaler, individuelt forhandlede mængdeaftaler og individuelle bonusordninger med tilbagevirkende kraft, og således afskærmet konkurrencen på markederne.

Artikel 2

For ovennævnte overtrædelse pålægges [sagsøgerne] en solidarisk bøde på 24 mio. EUR.

[…]«

Retsforhandlingerne for Retten og parternes påstande

21 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 14. juni 2006 har sagsøgerne anlagt denne sag.

22 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Femte Afdeling, som den foreliggende sag følgelig er blevet henvist til.

23 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens mundtlige spørgsmål under retsmødet den 14. januar 2010.

24 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Subsidiært annulleres den pålagte bøde eller nedsættes væsentligt.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder sagsøgernes omkostninger til at stille bankgaranti med henblik på deres pligt til at betale bøden.

25 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

26 Sagsøgerne har påberåbt sig seks anbringender. De første fem anbringender tilsigter i det væsentlige annullation af den anfægtede beslutning, og det sjette tilsigter annullation eller nedsættelse af bøden. Det første anbringende vedrører Kommissionens anvendelse af åbenbart urigtige og upålidelige beviser for at fastslå, at sagsøgerne førte en udelukkelsesstrategi. Det andet anbringende vedrører Kommissionens åbenbart urigtige skøn ved konstateringen af, at sagsøgernes praksis kunne fjerne konkurrencen, og manglende begrundelse. Det tredje anbringende vedrører Kommissionens åbenbart urigtige skøn ved vurderingen af, om nævnte praksis reelt fjernede konkurrencen. Det fjerde anbringende vedrører åbenbar urigtig retsanvendelse som følge af kvalificeringen af sagsøgernes praksis som ulovlig i sig selv. Det femte anbringende vedrører Kommissionens åbenbare fejl ved konstateringen af, at de ikke-bindende forpligtelser kan være i strid med artikel 82 EF. Endelig vedrører det sjette anbringende en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ved pålæggelsen af bøden.

I — *Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning*

A — *Det første anbringende om anvendelsen af åbenbart urigtige og upålidelige beviser for at fastslå, at der forelå en udelukkelsesstrategi, og for at godtgøre tilstedeværelsen og indholdet af visse aftaler mellem sagsøgerne og deres kunder*

27 Dette anbringende kommer til udtryk i to led. For det første har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke indeholder pålidelige beviser for at godtgøre, at sagsøgerne har udarbejdet en udelukkelsesstrategi for at fjerne konkurrencen. For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning er støttet på urigtige og lidet troværdige beviser for at godtgøre eksistensen og indholdet af mindst 26 af de 49 aftaler, som den anfægtede beslutning henviser til.

1. Første led om manglende troværdige beviser for at godtgøre, at der forelå en udelukkelsesstrategi

a) Parternes argumenter

28 For det første har sagsøgerne anfægtet Kommissionens anvendelse af deres interne korrespondance som bevis. Sagsøgerne har herved gjort gældende, at de dokumenter, som Kommissionen har indsamlet, ikke har forbindelse med hinanden og fuldstændigt er fjernet fra deres sammenhæng. Endvidere har sagsøgerne anført, at

Kommissionen har udeladt beviser, som omvendt viser, at sagsøgerne havde til hensigt at overholde den normale konkurrence med deres konkurrenter. Sagsøgerne har gjort gældende, at der i den anfægtede beslutning ikke tages hensyn til dokumenter, der udtrykker deres hensigt til at anvende lovlige konkurrencemidler.

29 For det andet har sagsøgerne anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har undersøgt, om Tomra-koncernen har haft succes på markedet for returautomater i perioden fra 1998-2002, fordi den i perioden 1997-2001 var den eneste leverandør af returautomater udstyret med en »ny revolutionerende teknologi«. Ifølge sagsøgerne udgør dette en alvorlig fejl, der kan føre til annullation af den anfægtede beslutning: Deres konkurrencefordel var deres teknologi, og de besluttede på grundlag af denne fordel at virke på markedet.

30 For det tredje har sagsøgerne anført, at Kommissionen ved at påberåbe sig aftalerne, der angiveligt i sig selv var konkurrencebegrænsende, som beviser for en udelukkelsesstrategi har anvendt et cirkulært argument, fordi den flere gange andre steder i den anfægtede beslutning omtaler sagsøgernes udelukkelsesstrategi for at godtgøre, at disse aftaler var konkurrencebegrænsende. Følgelig kan disse aftaler ikke tjene som bevis for en udelukkelsesstrategi. Selv om Kommissionen kunne vise eksempler på aftaler, der var i strid med artikel 82 EF, har den imidlertid ikke redegjort for, hvordan denne omstændighed bekræftede en strategi på koncernplan, med henblik på at udelukke konkurrencen i perioden mellem 1998 og 2002.

31 For det fjerde har sagsøgerne anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutning på den ene side ikke har betragtet deres sager om patentkrænkelse eller deres opkøb

som led i overtrædelsen, men på den anden side har fastslået, at disse sager og opkøb udgør faktorer, som beviser sagsøgernes udelukkelsesstrategi. Kommissionen har imidlertid ikke fremlagt det mindste bevis, der godtgør, at sagsøgernes beskyttelse af deres patenter eller deres praksis om samarbejde med andre selskaber eller opkøb af disse beviser en udelukkelsesstrategi. Sagsøgerne har særligt gjort gældende, at i henhold til fast retspraksis, hvorefter tilstedeværelsen af industrielle ejendomsrettigheder ikke udgør en tilsidesættelse af konkurrenceretten, kan et forsøg på at få godkendt et patent eller en anden industriel ejendomsret for de nationale retsinstanser, medmindre det er chikanøst, ikke udgøre en tilsidesættelse af den fællesskabsretlige konkurrenceret.

32 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

b) Rettens bemærkninger

33 Det skal først bemærkes, at den anfægtede beslutning i 97. ff. betragtning gengiver det, som Kommissionen betragter som sagsøgernes konkurrencebegrænsende strategi. Der anføres herom følgende:

»Tomra[-koncernens] strategi tog udgangspunkt i en politik, der stræbte efter at fastholde den dominerende markedsstilling og markedsandel gennem midler som f.eks. […] at forhindre nye udbyderes markedsadgang, […] at holde konkurrenternes størrelse nede ved at begrænse deres vækstmuligheder, og […] endelig at svække og fjerne konkurrenter gennem virksomhedsovertagelser eller andet, [navnlig] konkurrenter, der efter Tomra[-koncernens] opfattelse ville kunne udgøre de mest alvorlige trusler.

For at nå dette mål anvendte Tomra[-koncernen] forskellig konkurrencebegrænsende adfærd, herunder eksklusivitets- og præferenceleverandøraftaler samt aftaler med individuelt forhandlede mængdeforpligtelser eller bonusordninger med tilbagevirkende kraft.«

34 Det præciseres herefter i den anfægtede beslutning, at »Tomra[-koncernens] overordnede strategi bekræftes ikke kun af forskellig praksis fra koncernens side, [men] blev ligeledes udførligt diskuteret inden for koncernen ved forskellige lejligheder, såvel på møder eller konferencer og i korrespondance, f.eks. pr. e-mail«.

35 Det skal således bemærkes, at efter at have omtalt sagsøgernes forskellige konkurrencebegrænsende adfærd har Kommissionen med føje undersøgt sagsøgernes interne dokumentation. Denne dokumentation kan angive, om en konkurrenceudelukkelse var tilsigtet, eller i modsat fald angive en anden forklaring på den undersøgte praksis. I det foreliggende tilfælde har sagsøgernes interne korrespondance givet Kommissionen mulighed for at placere adfærden i dens sammenhæng og underbygge sin vurdering af denne adfærd. Det skal endvidere tilføjes, at Kommissionens konklusioner i den anfægtede beslutning aldrig udelukkende er støttet på et af sagsøgernes dokumenter vurderet alene, men på en hel række af forskellige forhold.

36 Hvad for det første angår synspunktet om, at det følger af den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke har taget højde for dokumenter, der udtrykker sagsøgernes hensigt til at anvende lovlige konkurrencemidler, skal det bemærkes, at det er helt normalt, at den anfægtede beslutning hovedsageligt koncentrerer sig om sagsøgernes konkurrencebegrænsende adfærd og ikke deres lovlige handlinger, eftersom det

netop er denne adfærd, Kommissionen skulle fastslå. Det skal imidlertid understreges, at det i den anfægtede beslutning ikke skjules, at visse af sagsøgernes interne dokumenter ligeledes omtaler andre fuldt ud lovlige konkurrencemidler (jf. f.eks. 100. betragtning til den anfægtede beslutning).

37 For det andet skal det hvad angår sagsøgernes påståede teknologiske fordel bemærkes, at den anfægtede beslutnings omtale af denne fordel på ingen måde har påvirket Kommissionens konklusion. Sagsøgerne har nemlig ikke godtgjort, hvordan den teknologi, de har udviklet, kunne berettige deres adfærd. Såfremt denne teknologi vitterlig var så klart overlegen deres konkurrenters teknologi, at kunderne under alle omstændigheder aldrig ville have købt konkurrenternes varer, er det endnu vanskeligere at berettige anvendelsen af eksklusivitetsaftaler samt mængdeforpligtelser og andre individuelle rabatordninger.

38 Hvad angår Kommissionens påståede cirkulære argumentation i den anfægtede beslutning vedrørende forholdet mellem de konkurrencebegrænsende aftaler og udelukkelsesstrategien skal det for det tredje bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at begrebet 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 (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91, og Rettens dom af 14.12.2005, sag T-210/01, General Electric mod Kommissionen, Sml. II, s. 5575, præmis 549).

39 Kommissionen har i henhold til denne retspraksis i 97. ff. betragtning til den anfægtede beslutning fastslået, at sagsøgernes adfærd, der er undersøgt i den sammenhæng, som den indgår i, og kombineret med en række andre forhold, herunder sagsøgernes interne dokumenter, kunne udelukke konkurrencen. Følgelig har Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, på ingen måde udelukkende støttet sig på sagsøgernes hensigt eller strategi for at begrunde dens konklusion om, at konkurrenceretten er tilsidesat.

40 Endelig skal det hvad angår sagsøgernes procedurer for patentkrænkelse og erhvervelser blot bemærkes, at det i 106. og 107. betragtning til den anfægtede beslutning klart fastslås, at denne praksis ikke er omfattet af misbruget af dominerende stilling. Der er således blot tale om relevante omstændigheder, som giver mulighed for at placere sagsøgernes adfærd i dens sammenhæng, men som på ingen måde påvirker konstateringen af overtrædelsen.

41 Det første anbringendes første led skal således forkastes.

2. Andet led om anvendelsen af urigtige og lidet troværdige beviser for at godtgøre eksistensen og indholdet af visse aftaler mellem sagsøgerne og deres kunder

42 Dette led kan inddeles i fire underled. Det første underled vedrører eksklusivitetsaftalerne før 1998, det andet underled vedrører de aftaler, der udpeger sagsøgerne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, det tredje underled vedrører de individuelle mængdeforpligtelser og de individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft, og endelig vedrører det fjerde underled en del af

aftalerne vedrørende fire af de fem lande, der er undersøgt i den anfægtede beslutning, som Kommissionen ifølge sagsøgerne har undersøgt usammenhængende.

a) Eksklusivitetsaftalerne før 1998

Parternes argumenter

43 Sagsøgerne har fremhævet den omstændighed, at 9 af de 21 eksklusivitetsaftaler er indgået før den periode, der er omfattet af den anfægtede beslutning (1998-2002), og de kan således ikke have medvirket til udelukkelsen af konkurrenterne i denne periode. Sagsøgerne har konkluderet, at disse ni aftaler ikke skulle have været nævnt i den anfægtede beslutning og ligeledes skulle have været udelukket fra bødeberegningen.

44 Selv om Kommissionen i sit svarskrift har anført, at den i sin vurdering ikke har taget hensyn til visse af disse aftaler, har sagsøgerne rejst spørgsmålet, hvorfor de fremgår af 296. betragtning til den anfægtede beslutning, som om de var relevante.

45 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

Rettens bemærkninger

46 Det skal i den forbindelse fastslås, at ni af eksklusivitetsaftalerne (nemlig aftalerne indgået med AS Butikkdrift for 1995 og 1996, Kiwi Minipris Norge for 1996, Køff Hedmark for 1996, Rema 1000 for 1996, AKA/Spar Norge for 1997, Rewe Wiesloch og Rewe Hungen for 1997, De Boer Unigro for 1997 og Samenwekende van den Broek Bedrijven for 1997), som er omtalt i 296. betragtning til den anfægtede beslutning som aftaler indgået i strid med artikel 82 EF og EØS-aftalens artikel 54, vedrører en periode, der ligger før den periode, der er omfattet af den anfægtede beslutning (1998-2002). Det står således klart, at Kommissionen har begået en fejl ved at omtale disse aftaler i denne betragtning, hvilket Kommissionen i øvrigt har anerkendt i sine skriftlige indlæg.

47 Det skal imidlertid for det første bemærkes, at der i bødeberegningen ikke er taget hensyn til faktiske omstændigheder før 1998, og for det andet at Kommissionen, uden at sagsøgerne har bestridt det, har anført, at den aldrig har taget hensyn til de aftaler, der var gældende før 1998, i sin vurdering af den del af efterspørgslen, som ikke var omfattet af sagsøgernes konkurrenter, og at konklusionerne om den udelukkelsesstrategi, som sagsøgerne havde fulgt, dermed var fuldstændig uafhængig af disse ni aftaler.

48 Den anfægtede beslutning set i sin helhed fjerner enhver tvetydighed i denne forbindelse (jf. f.eks. 134., 159., 166., 242., 264., 269., 394., 417. og 418. betragtning til den anfægtede beslutning) og gør det muligt at fastslå, at Kommissionen på intet tidspunkt har taget hensyn til en tilsidesættelse før 1998. Det følger heraf, at dette klagepunkt ikke kan tages til følge.

b) Aftalerne, der udpeger sagsøgerne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«

Parternes argumenter

49 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen »automatisk« har kvalificeret eksklusivitetsaftalerne som aftaler, hvorved kunderne forpligtede sig til at opretholde sagsøgerne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, skønt disse udtryk er for uklare til, at aftalerne kan kvalificeres som eksklusive i henhold til aftaleretten. På trods af at de omhandlede kunder endvidere har købt returautomater hos sagsøgernes konkurrenter under den påståede eksklusivitetsaftale, og selv om kunderne havde anført, at aftalerne reelt ikke var eksklusive, har Kommissionen fundet dem eksklusive.

50 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen i den anfægtede beslutning undladt at undersøge, om der var skabt en eksigibel eksklusivrettighed i henhold til national aftaleret. Den anfægtede beslutning indeholder således ingen undersøgelse af aftalerne i forhold til national ret. Den anfægtede beslutning og Kommissionens anmodninger om oplysninger før beslutningens vedtagelse sidestiller vage arrangementer, som ikke skaber en bindende og eksigibel aftaleretlig forpligtelse, med formelle eksigible aftaler. Sagsøgerne har gjort gældende, at det, selv om det forekommer forståeligt vedrørende et kartel i henhold til artikel 81 EF, ikke er det som led i en eksklusivitetsaftale i henhold til artikel 82 EF. Medmindre overholdelsen af en eksklusivitetsforpligtelse kan pålægges i henhold til national aftaleret, forhindrer den ikke en konkurrent i at sælge til kunden eller kunden i at acceptere tilbuddet. Endvidere kan denne ikke have nogen forudgående afskrækkende virkning på kunderne.

51 Endvidere påberåbes der i den anfægtede beslutning til støtte for Kommissionens konklusioner om dokumenternes aftaleretlige status beviser, der er uden relevans, såsom sagsøgernes interne memoranda, pressemeddelelser og Tomra-koncernens årsrapport, som snarere er sidstnævntes ensidige erklæringer, som kunderne ikke er bundet af. Kommissionen har ikke foretaget en undersøgelse af disse erklæringers bevisværdi i forhold til national aftaleret.

52 Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at aftalerne indgået med de to indkøbssammenslutninger Superunie (aftale indgået i Nederlandene i 2001) og ICA/Hakon (aftale indgået i Sverige og Norge for perioden 2000-2002) ikke bandt disse sammenslutningers medlemmer retligt til kun at købe returautomater fra sagsøgerne, og at der ikke er beviser for, at disse aftaler har udøvet et stærk »pres eller udgjort et stærkt incitament« for, at de uafhængige detailhandler køber alle deres returautomater hos sagsøgerne.

53 Hvad særligt angår aftalen indgået med Superunie fremlægger den anfægtede beslutning ifølge sagsøgerne intet bevis, der giver mulighed for at fastslå, at denne aftale kunne binde de uafhængige forretninger, som var medlemmer af Superunie, for at forpligte dem til at købe 130 returautomater hos sagsøgerne. Kommissionen har herved snarere vendt bevisbyrden ved at fastslå, at »der ikke [var] beviser, der [antydede], at de individuelle medlemmer ikke fandt sig bundet […]« af aftalen. Såfremt medlemmerne kunne have indgået en bedre aftale med en af sagsøgernes konkurrenter, har Kommissionen ifølge sagsøgerne ikke forsøgt at redegøre for, hvorfor medlemmerne alligevel besluttede at købe fra sagsøgerne i medfør af en ikke-bindende aftale indgået på centralt plan i deres organisation.

54 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

Rettens bemærkninger

55 Først skal sagsøgernes påstand om, at Kommissionen »automatisk« har kvalificeret aftaler, hvorved kunderne forpligtede sig til at bevare sagsøgerne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører«, som eksklusivitetsaftaler, tilbagevises. 114.-122. og 286. ff. betragtning til den anfægtede beslutning viser i øvrigt det modsatte, for så vidt som der heri detaljeret redegøres for Kommissionens tilgang og konklusioner i denne forbindelse.

56 Selv om det er korrekt, at visse kunder forsøgte at inkludere en klausul i aftalerne om »foretrukne leverandører«, der gav dem mulighed for at købe maskiner hos konkurrenterne med henblik på prøve dem, støtter dette i øvrigt konklusionen om, at disse aftaler blev oprettet som eksklusive, og muligheden for at købe maskiner hos konkurrenterne var en undtagelse, der var begrænset til blot at prøve disse maskiner.

57 Det er i øvrigt 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.

58 Aftalen med Royal Ahold kvalificerer f.eks. Tomra-koncernen som »hovedleverandør«. Imidlertid erklærede bestyrelsesformanden for Tomra Systems ASA under forhandlingerne med denne kunde (jf. 139. betragtning og fodnote 267 til den anfægtede beslutning) følgende:

»Vi foretrækker således, at Tomra[-koncernen] udpeges som verdensomspændende »ene«-leverandør af de tjenester, der er forbundet med returautomaterne til Ahold.

Andre ord end»ene« kan opfindes for at udtrykke parternes grundlæggende hensigt. Uafhængigt af ordvalget er aftalen, som vi har forhandlet den, imidlertid den, at Tomra[-koncernen] skal have ret til at installere maskiner […] i alle nye forretninger, der har behov for returautomater, og […] i alle forretninger, der aktuelt betjenes af en anden leverandør af returautomater, når de eksisterende aftaler udløber.«

59 Hvad angår sagsøgernes synspunkt om, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke har undersøgt aftalernes eksklusive karakter på grundlag af den gældende nationale lov, skal det bemærkes, at det ikke kræves, at en virksomhed i en dominerende stillings adfærd binder køberne ved en formel forpligtelse, for at godtgøre, at denne adfærd udgør et misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF. Det er tilstrækkeligt, at denne adfærd medfører et incitament for kunden til ikke at anvende alternative leverandører og til udelukkende at dække hele sit behov eller en væsentlig del heraf hos nævnte virksomhed (jf. i denne retning dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89 og 90).

60 Det skal i den henseende bemærkes, at de pågældende aftaler ofte ikke blot kvalificerer Tomra-koncernen som den den pågældende kundes »foretrukne leverandør, hovedleverandør eller første leverandør«, men aftalerne indeholdt ligeledes mængdeforpligtelser eller progressive rabatter med tilbagevirkende kraft, der forudsatte køb af en bestemt mængde. Aftalerne indgået for 2000-2002 med den nederlandske koncern Royal Ahold og med ICA/Hakon/Ahold for Sverige og Norge er eksempler på denne type aftaler.

61 Det skal endelig hvad angår aftalerne indgået mellem sagsøgerne og indkøbscentraler som Superunie og ICA/Hakon bemærkes, at for det første har sagsøgerne ikke

bestridt, at disse aftaler var af bindende karakter for de indkøbscentraler, som havde underskrevet dem, og for det andet at spørgsmålet, om de ligeledes påvirkede købeadfærden hos deres medlemmer, ikke afhænger af en formel analyse.

62 Det skal nemlig i lighed med Kommissionens opfattelse bemærkes, at når de forhandlede betingelser afhænger af den samlede indkøbscentrals indkøb af bestemte mængder, er det en selvfølge ved forhandlingen af denne type aftale, at den tilskynder medlemmerne af indkøbscentralen til at foretage køb med henblik på at nå det fastsatte mål.

63 I øvrigt viser den omstændighed, at købsmålet fastsat i aftalen indgået med ICA Ahold/Hakon blev nået (jf. 171. betragtning til den anfægtede beslutning), hvordan den centrale indkøbsorganisation kunne påvirke de uafhængige detailhandlendes adfærd.

64 Endvidere omtalte aftalen med Superunie udtrykkeligt hver af de forskellige medlemmer og antallet af maskiner, som hver af disse skulle købe.

65 Endelig skal det, som Kommissionen med føje har bemærket, understreges, at sagsakterne rent faktisk indeholder flere indikatorer, der viser, at overholdelsen af aftalen blev strengt overvåget, og at der blev udøvet pres på de uafhængige forhandlere.

66 I den forbindelse skal f.eks. nævnes skrivelsen af 16. februar 2001, som Tomra Europe sendte til ICA Ahold vedrørende aftalen af 13. oktober 2000, hvori sagsøgerne udtrykker bekymring over ICA's indkøbsrytme i forhold til aftalen, og som erindrer, at ICA »har forpligtet sig til på centralt niveau at gøre sit bedste for at støtte

Tomra[-koncernen] i hele sit forretningsnet og at opfordre sine franchisetagere til at øge udskiftningen af gamle maskiner og være fuldt ud loyale over for aftalen«. I skrivelsen præciseres det, at ICA's centrale støtte »endnu ikke har vist sig at være effektivt«, og at ICA's meddelelse af incitamenterne i henhold til aftalen til sine franchisetagere ikke har været tilstrækkeligt. Tomra Europe opfordrede således ICA til at træffe hasteforanstaltninger for at gennemføre planen i henhold til aftalen.

67 På baggrund af det ovenstående skal sagsøgernes klagepunkt således forkastes.

c) De individuelle mængdeforpligtelser og de individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft

Parternes argumenter

68 Sagsøgerne har gjort gældende, at det ikke er bevist, at de præcist kunne vurdere kundernes behov.

69 De har for det første anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har anerkendt, at kunderne ikke oplyste sagsøgerne om den mængde returautomater, der ville opfylde deres samlede eller næsten samlede behov under aftaleperioden.

70 De har for det andet understreget, at efterspørgslen på returautomater som anført i den anfægtede beslutning var ikke-tilbagevendende og uregelmæssig, idet antallet af returautomater, som en kunde købte i årene forud, ikke kunne give dem mulighed for at vurdere en kundes samlede eller næsten samlede efterspørgsel, i det følgende år.

71 Endvidere har sagsøgerne bestridt Kommissionens påstand om, at hver kundes efterspørgsel er let at forudsige, »eftersom den skabes eller øges ved indførelsen af obligatoriske pantordninger«. Sagsøgerne har herom anført, at ingen af de fem stater, hvor den påståede overtrædelse har fundet sted, har indført obligatoriske pantordninger mellem 1998 og 2002.

72 For det tredje har Kommissionen indirekte anerkendt, at sagsøgerne ikke var i stand til at vurdere deres kunders samlede eller næsten samlede behov for returautomater, idet den har slettet alle de tal, som direkte eller indirekte vedrørte de tidligere års køb af returautomater, i hele den anfægtede beslutning, idet den betragtede dem som forretningshemmeligheder.

73 Endelig har sagsøgerne anført, at det var sjældent, at mængdeforpligtelserne og -formålene stemte overens med kundernes reelle indkøb. De reelle indkøb var enten meget mindre eller meget større end de påståede mængdeforpligtelser, eftersom kunden ligeledes købte returautomater hos sagsøgernes konkurrenter. Sagsøgerne har til støtte herfor fremlagt en rapport udarbejdet af økonomer, hvori hver relevant kundes reelle indkøb angives og sammenlignes med de påståede mængdeforpligtelser.

74 Sagsøgerne har anført, at de empiriske data i denne rapport viser, at de reelle indkøb af returautomater systematisk var større end de aftalte mængder. Dette skyldes, at

sagsøgerne kunne tilbyde en »revolutionerende teknologi«, som kunderne havde et stærkt ønske om at have til rådighed på deres salgssteder. Dette stemmer imidlertid ikke overens med den anfægtede beslutning (jf. 123. betragtning), idet det heri anføres, at de køb, der er fastsat i aftalerne, »fuldt ud eller næsten« stemte overens med antallet af returautomater, som kunden endelig købte under aftaleperioden.

75 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

Rettens bemærkninger

76 Hvad angår de individuelle mængdeforpligtelser og de individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft har sagsøgerne gjort gældende, at det ikke er godtgjort, at de under den undersøgte periode kunne vurdere kundernes behov for returautomater korrekt. Ifølge sagsøgerne afhænger denne type adfærds ulovlighed netop af leverandørens evne til at vurdere kundernes behov.

77 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning rent faktisk har fastslået, at mængdeforpligtelserne og rabatordningerne var individuelle for hver kunde, og at tærsklerne vedrørte kundens samlede behov eller en stor del heraf (jf. f.eks. 319. betragtning til den anfægtede beslutning).

78 Det kan således, som sagsøgerne har gjort, fastslås, at den anfægtede beslutning hvad angår synspunktet om mængdeforpligtelserne og rabatordningerne, som fremgår heraf, er støttet på den omstændighed, at sagsøgerne kunne individualisere disse aftaler, samtidig med at de kendte hver kundes behov. Sagsøgernes argument er imidlertid udledt af den omstændighed, at de i realiteten ikke præcist kunne vurdere kundernes behov, og at Kommissionen således ikke kunne tale om individuelle aftaler. Det skal følgelig undersøges, om Kommissionen har begået en fejl i denne forbindelse.

79 For det første skal det bemærkes, at kunden af og til anførte en forudsigelse om sine fremtidige køb som i forbindelse med aftalen med Rimi Svenska. Endvidere har sagsøgerne i deres svar på klagepunktsmeddelelsen anført, at det under aftalens forhandlingsfase var »normalt og nødvendigt, at de to parter havde en omtrentlig idé om mængden, dvs. det antal enheder, aftalens genstand kunne omfatte«.

80 For det andet er sagsøgernes påstand om, at Kommissionen fastslog, at målsætningerne alene var støttet på de tidligere salg, urigtig. Kommissionen har tværtimod med føje i den anfægtede beslutning fastslået, at hver kundes efterspørgsel i betragtning af kendetegnene for markedet for returautomater var relativt nemt at forudsige. Sagsøgerne havde for at forudsige deres kunders fremtidige behov forskellige elementer til rådighed: oplysninger fremlagt af kunderne selv, kundernes køb i løbet af det forudgående eller tidligere år, gennemsigtige oplysninger om de mest relevante faktorer (salgsstedernes antal og størrelse, tilstedeværelsen eller den planlagte iværksættelse af en pantordning) samt en markedsundersøgelse, som sagsøgerne selv havde gennemført på grundlag af deres grundige kendskab til markedet (jf. 298. betragtning til den anfægtede beslutning).

81 Det skal særligt hvad angår sagsøgernes argument om, at intet af de fem lande, der var omfattet af den anfægtede beslutning, har indført en obligatorisk pantordning

mellem 1998 og 2002, bemærkes, at efterspørgslen på returautomater er steget, når en pantordning har været planlagt, som det f.eks. er sket i Tyskland i perioden 2000-2001, selv om ordningen rent faktisk først blev indført i slutningen af 2002 (jf. 188., 219. og 221. betragtning til den anfægtede beslutning). På samme måde har »frivillige« ordninger til indsamling af brugt drikkevareemballage som den, der findes i Norge, haft en åbenbar og forudsigelig indflydelse på efterspørgslen af returautomater (jf. 242. betragtning til den anfægtede beslutning).

82 Det følger i modsætning til sagsøgernes argumenter heraf, at en »ikke-tilbagevendende« og »uregelmæssig« efterspørgsel ikke desto mindre som i denne sag kan være let at forudse.

83 Hvad angår den fortrolige behandling i den anfægtede beslutning af kundernes oplysninger vedrørende køb fra konkurrerende leverandører skal det bemærkes, at denne omstændighed ikke giver mulighed for at konkludere, at sagsøgerne ikke kunne vurdere kundernes efterspørgsel. Kundernes anmodning om fortrolighed antyder blot, at de ikke over for sagsøgerne ønskede at afsløre de køb, de havde foretaget hos konkurrenterne.

84 Endelig skal det hvad angår den manglende systematiske forbindelse mellem de påståede mængdeforpligtelser og kundens faktiske køb bemærkes, at den rapport, som sagsøgerne har fremlagt, er støttet på en urigtig forståelse af den anfægtede beslutning. Det anføres således i den anfægtede beslutning, at de pågældende aftaler generelt svarede til kundernes samlede reelle behov eller en stor del heraf under en given aftaleperiode, og ikke at mængdeforpligtelserne skulle svare præcist til den reelle samlede efterspørgsel, som man senere kunne konstatere (jf. 102., 108., 123., 124. og 127. betragtning til den anfægtede beslutning).

85 Det præciseres endvidere i den anfægtede beslutning, at når de formål, der var fastsat i aftalerne, ikke svarede til hele kundens behov, svarede de til mindst 75-80 % af dennes samlede efterspørgsel (jf. f.eks. 159. betragtning til den anfægtede beslutning).

86 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at den statistiske analyse fremlagt af sagsøgerne ses at bekræfte det synspunkt, som ligger til grund for den anfægtede beslutning. Sagsøgernes efterfølgende analyse viser således i det væsentlige, at den effektive købsmængde i de fleste tilfælde overstiger mængderne fastsat i mængdeforpligtelserne. Denne konklusion bekræftes af den sammenligningstabel, som Kommissionen har fremlagt, hvori mængdeforpligtelserne og de anvendte rabatter sammenlignes med kundernes reelle køb.

87 På baggrund af ovenstående bemærkninger skal dette klagepunkt ligeledes forkastes.

d) Vurderingen af visse aftaler indgået i Tyskland, Nederlandene, Sverige og Norge

88 Sagsøgerne har gjort gældende, at for fire af de fem lande, hvor overtrædelsen skule være begået, er størstedelen af de aftaler, der er omtalt i den anfægtede beslutning, blevet vurderet usammenhængende. Kommissionen skulle således ikke have taget hensyn til disse aftaler, og dette er tilstrækkeligt til at begrunde en annullation af den anfægtede beslutning. Sagsøgerne har ikke anfægtet undersøgelsen af aftalerne i Østrig. Det første anbringende vedrører således ikke dette marked.

89 Klagepunkterne vedrørende aftalerne i Tyskland, Nederlandene, Sverige og Norge skal således undersøges.

Tyskland

90 Sagsøgerne har gjort gældende, at mere end halvdelen af de aftaler vedrørende Tyskland, som Kommissionen har påberåbt sig, ikke fandtes eller ikke indeholdt en eksklusivitetsklausul, mængdeforpligtelser eller rabatter med tilbagevirkende kraft.

91 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

— Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen (1998-1999)

92 Sagsøgerne har anført, at denne aftale ikke er eksklusiv, og at den udelukkende foreskrev, at kunden skulle købe returautomater samlet hos sagsøgerne. Kunden havde imidlertid ret til at prøve konkurrenternes maskiner samt til at købe dem, hvis de frembød betydelige fordele.

93 Sagsøgerne har tilføjet, at Kommissionen ikke har fremlagt beviser for, at aftalen kunne kvalificeres som eksklusiv.

94 Det skal bemærkes, at i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, var aftalen fra starten udformet som en eksklusivitetsaftale. En mundtlig kontakt mellem de to selskaber, hvis indhold fremgår af en e-mail udsendt inden for det tyske datterselskab i Tomra-koncernen, underbygger dette argument.

95 Det skal endvidere understreges, at kunden, når en aftale ikke er eksklusiv, er herre over sine valg og kan købe hos en hvilken som helst konkurrent. Det er normalt ikke nødvendigt for kunden at bevise, at konkurrenten har en »betydelig fordel«, som det er tilfældet i denne sag.

96 Hvad angår argumentet om, at den pågældende aftale fastsætter, at Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen faktisk kan prøve sagsøgernes konkurrenters varer, skal det fastslås, at for at en kunde bestiller maskiner hos en ny leverandør, skal den have prøvet dem i en vis periode. En eksklusivitetsperiode er således ikke uforenelig med at forbeholde sig retten til at prøve konkurrenternes maskiner. Endvidere indeholder en aftale, der ikke er eksklusiv, principielt ikke en sådan klausul.

97 Det skal således bemærkes, at som Kommissionen netop har understreget, indeholder en aftale normalt ikke klausuler, der begrænser eller dirigerer kundernes købevalg. Klausuler som dem, der giver kunden mulighed for at prøve konkurrenternes maskiner i en begrænset periode, eller klausuler, der kun giver mulighed for at købe fra konkurrenterne, hvis fordelen er betydelig, kan således ikke antyde, at en aftale ikke er eksklusiv.

98 Dette klagepunkt skal således forkastes.

— Edeka Handelsgesellschaft Hessenring (1999)

99 Sagsøgerne har anfægtet den måde, hvorpå Kommissionen har analyseret aftalen af 1999, idet de har gjort gældende, at Kommissionen ikke har fremlagt beviser til støtte for påstanden om, at tærsklen på 2 mio. DEM, som krævedes for at opnå en eventuel individuel rabat på 0,5 %, var en individuel rabatordning, som var støttet på kundens samlede eller næsten samlede behov. Sagsøgerne har tilføjet, at Edeka Handelsgesellschaft Hessenring ikke nåede denne tærskel i 1999. Selv om der fandtes en sådan rabatklausul, der afhæng af købsbeløbet, har den ikke kunnet finde anvendelse.

100 Det skal i den forbindelse i lighed med sagsøgernes opfattelse bemærkes, at Kommissionen faktisk i den anfægtede beslutning ikke har godtgjort, at aftalen med Edeka Handelsgesellschaft Hessenring indeholdt en individuel rabatordning, der var støttet på kundens samlede eller næsten samlede behov. Eftersom der ikke foreligger andre oplysninger, forekommer det forhold, at Edeka Handelsgesellschaft Hessenring ikke har købt varer for et beløb, der overstiger den konkrete tærskel for at opnå rabat, at bekræfte denne omstændighed.

101 Det skal imidlertid understreges, at det, selv om Kommissionen ikke har bevist, at der var tale om en individuel aftale, ikke kan bestrides, at der under alle omstændigheder er tale om en progressiv rabatordning med tilbagevirkende kraft. Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionen — uden at sagsøgerne har bestridt det — har anført, at i tilfælde, hvor kunden havde købt en mængde, der var lavere end tærsklen, har den i »den bundne del« kun inkluderet det reelle køb hos virksomheden med en dominerende stilling under aftalens varighed.

102 Dette klagepunkt kan dermed ikke tages til følge.

— Edeka Baden-Würtemberg (2000)

103 Sagsøgerne har gjort gældende, at den pågældende aftale ikke kan kvalificeres som eksklusiv. For dem er der tale om en ordrebekræftelse for 1,7 % af Edekas salgssteder. Aftalen indeholder ikke andre oplysninger om muligheden for, at der kan være tale om en eksklusivitetsaftale.

104 Sagsøgernes argument er ikke overbevisende, idet Kommissionen to gange har bevist, at der vitterlig er tale om en eksklusivitetsaftale. Kommissionen har således til støtte for sit argument fremlagt et internt notat af 24. september 2000, hvori der henvises til en igangværende eksklusivitetsaftale (»bestehenden Exclusivvertrag«).

105 Hvad angår argumentet om det forhold, at Kommissionen sigter til Edeka som helhed, skal det endvidere præciseres, at dette ikke er tilfældet. Kommissionen har således specificeret, at aftalen er begrænset til Edekas nye salgssteder.

106 Dette klagepunkt skal følgelig forkastes.

— COOP Schleswig-Holstein (2000)

107 Sagsøgerne har gjort gældende, at der ikke er tale om en eksklusivitetsaftale. De har præciseret, at Kommissionen alene har haft adgang til en korrespondance mellem COOP og sagsøgerne, der bekræfter COOP's køb af 25 returautomater. Der er ikke tale om en eksklusivitetsaftale, eftersom COOP ifølge sagsøgerne kun har købt 7 returautomater. Sagsøgerne har heraf udledt, at parterne ikke var bundet af denne skrivelse.

108 Sagsøgerne har tilføjet, at der i skrivelsen af 10. marts 2000 ikke var nogen klausul, der hindrede COOP i at købe fra sagsøgernes konkurrenter.

109 Imidlertid er det af Kommissionen fremlagte bevis, hvorefter skrivelsen af 10. marts 2000 fra Tomra Systems GmbH til COOP vedrørte en »eksklusivitetsrammeaftale«, tilstrækkelig til at godtgøre, at den pågældende aftale reelt var en eksklusivitetsaftale.

110 Sagsøgernes klagepunkt skal følgelig forkastes.

— Netto

111 Sagsøgerne har anført, at den progressive rabat, der er indeholdt i aftalen, ikke kunne tildeles, eftersom kunden ikke havde bestilt det nødvendige antal returautomater for at opnå denne rabat. For at have ret til 2 gratis returautomater, skulle Netto have bestilt 150. Netto havde ifølge sagsøgerne kun bestilt 109 enheder i 2001 og 126 enheder i 2002.

112 Sagsøgerne har tilføjet, at formålet ikke blev nået, fordi det reelle køb var klart mindre, og den omstændighed, at sagsøgerne ensidigt forlængede aftalen ud over den oprindeligt fastsatte dato, er uden betydning, eftersom kunden ikke kunne forvente, at sagsøgerne ville foretage denne forlængelse, hvilket i denne sag udelukker enhver afskrækkende virkning.

113 Det skal hvad angår aftalen med Netto bemærkes, at skønt det er korrekt, at tærsklerne ikke blev nået, anføres i 202. betragtning til den anfægtede beslutning, at nævnte aftale sandsynligvis blev forlænget for at give kunderne mulighed for efterfølgende at nå tærsklerne. Sagsøgerne har ikke godtgjort, at denne omstændighed ikke er bevist. Dette klagepunkt skal dermed forkastes.

— Rewe Wiesloch og Rewe-Hungen (1997)

114 Sagsøgerne har bestridt, at de var eneleverandør af returautomater til disse to organisationer, og har anført, at Halton i 1997 blev tildelt en kontrakt på levering af returautomater.

115 Det er imidlertid ufornødent at træffe afgørelse om dette klagepunkt, eftersom aftalen befinder sig uden for den periode, der er undersøgt i den anfægtede beslutning.

— Rewe Hungen (2000)

116 Sagsøgerne har gjort gældende, at aftalen ikke er i strid med artikel 82 EF, eftersom Rewes ordre hos sagsøgerne var klart lavere (mindst 50 %) end kundens behov. Endvidere var den mængde, der faktisk blev købt, ifølge sagsøgerne væsentligt over det mål, parterne havde aftalt.

117 Det skal bemærkes, at den omstændighed, at en kunde ikke når den tærskel, der er fastsat i aftalen, ikke fjerner noget fra det supplerende incitament, der følger af rabatten, indtil den fastsatte mængde nås. Det skal endvidere understreges, at Kommissionen ved beregningen af betydningen af den mængde, der ikke blev bragt i konkurrence, alene har taget hensyn til den mængde, der lå under tærsklen (i dette tilfælde 20 maskiner), og har fundet, at resten af kundens køb var en efterspørgsel, der var åben for konkurrence.

118 Sagsøgernes klagepunkt skal derfor forkastes.

119 I betragtning af det ovenstående skal det fastslås, at den anfægtede beslutning ikke er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn hvad angår aftalerne indgået i Tyskland.

Nederlandene

120 Sagsøgerne har anfægtet Kommissionens vurdering af fire af de aftaler, der er undersøgt i den del af den anfægtede beslutning, der vedrører Nederlandene. Disse aftaler, som ifølge sagsøgerne ikke kunne være relevante i forbindelse med en overtrædelse af artikel 82 EF, er efter deres opfattelse kvalificeret urigtigt i den anfægtede beslutning.

121 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

— Albert Heijn (1998-2000)

122 Sagsøgerne har gjort gældende, at deres ikke-underskrevne bekræftelse af ordren af 30. oktober 1998, som omtaler den omstændighed, at Albert Hejin telefonisk havde bestilt 200 returautomater, ikke indeholder nogle oplysninger, der giver mulighed for at underbygge påstanden om, at Albert Hejin var forpligtet til at købe 200 returautomater, eller at prisen skiftede, hvis kunden besluttede at købe færre returautomater, eller at dette udgjorde kundens samlede eller næsten samlede behov. Kommissionen har således anerkendt, at Albert Hejin i april 2000 kun havde købt 121 returautomater fra sagsøgerne.

123 Det skal imidlertid bemærkes, at det pågældende dokument udtrykkeligt fastsætter, at Albert Hejin er forpligtet til at købe 200 returautomater: »Albert Hejin forpligter sig til at købe 200 automater af mærket Tomra T600 inden den 31. december 2000 med forlængelse til og med den 31. marts 2001.«

124 Det skal endvidere bemærkes, at som Kommissionen har anført, har sagsøgerne tilsendt den denne aftale som led i deres svar af 14. marts 2002 på den anmodning om oplysninger, som Kommissionen havde fremsat i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, og at sagsøgerne ved deres svar på klagepunktsmeddelelsen på intet tidspunkt har gjort gældende, at aftalen, der var omfattet af denne meddelelse, ikke var underskrevet eller ikke havde eksisteret.

125 Endvidere skal det hvad angår konstateringen af, at Albert Hejin i april 2000 havde købt 121 returautomater af sagsøgerne, bemærkes, at der på dette tidspunkt manglede et helt år, inden aftalen udløb. Det er i betragtning af disse forhold ikke muligt at fastslå, at aftalen ikke er blevet overholdt.

126 Det skal tilføjes, at tilstedeværelsen af denne aftale bekræftes af Royal Ahold Global Master-aftalen, som undersøges nedenfor, der var en bredere eksklusivitetsaftale indgået med Royal Ahold, som er den koncern, Albert Hejin tilhører. Aftalens artikel 4.2 omtaler den tidligere aftale med Albert Hejin og bemærker, at Albert Hejin »i medfør af aftalen af 30. oktober 1998« stadig er »forpligtet til at købe yderligere 79 maskiner af [Tomra Systems BV]«, hvilket svarer til forskellen mellem den oprindelige forpligtelse til at købe 200 maskiner og de 121 maskiner, der allerede var købt.

127 I lyset af ovenstående bemærkninger skal det fastslås, at det pågældende dokument vidner om tilstedeværelsen af en aftale, hvorefter Albert Hejin var forpligtet til at købe 200 returautomater af sagsøgerne.

— Royal Ahold (2000-2002)

128 Sagsøgerne har bestridt, at aftalen med Royal Ahold Global Master var eksklusiv, og de har gjort gældende, at intet i denne aftale forhindrede Royal Ahold Global Master i at købe konkurrerende maskiner. Sagsøgerne har gjort gældende, at afsnit 1.2 i aftalen udtrykkeligt omtaler det forhold, at Royal Ahold frit kunne købe fra andre leverandører, og at Royal Ahold ikke var forpligtet til at ophæve eksisterende aftaler med andre leverandører af returautomater. Sagsøgerne skulle nemlig blot være »hovedleverandør« og ikke den eneste.

129 Sagsøgerne har tilføjet, at Kommissionen i den anfægtede beslutning selv har anerkendt, at Royal Ahold har købt returautomater fra andre leverandører under aftalens varighed. Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at de erklæringer, der er omtalt i svarskriftet, og sagsøgernes oplysninger for at forklare, at aftalerne ikke i henhold til den lovgivning, der finder anvendelse på denne sag (dvs. lovgivningen i New York (De Forenede Stater)), udgør beviser, som kan overbevise en retsinstans om, at eksklusiviteten i forhold til Royal Ahold skal overholdes. Det forhold, at Royal Ahold har foretaget indkøb fra konkurrerende leverandører, rejser spørgsmålet om, hvilken reel afskrækkende virkning denne aftale kan have haft.

130 Sagsøgernes argumenter om aftalen med Royal Ahold kan ikke tages til følge.

131 De dokumenter, der er nævnt i den anfægtede beslutning, bekræfter således, at aftalen var eksklusiv. Det anføres f.eks. i sagsøgernes pressemeddelelse af 13. april 2000, at »Tomra[-koncernen] og […] Royal Ahold har underskrevet en samlet aftale, som gør Tomra[-koncernen] til Royal Aholds eneleverandør af returautomater og de tjenesteydelser, der er forbundet hermed, for en periode på tre år« (jf. 139. betragtning til den anfægtede beslutning). Det skal endvidere bemærkes, at sagsøgerne udtrykkeligt har anerkendt dette i deres svar på klagepunktsmeddelelsen.

132 Det er ganske vist, som Kommissionen i øvrigt har indrømmet, rigtigt, at aftalen ikke forpligter Royal Ahold til at opsige eksisterende aftaler med andre leverandører af returautomater, inden de udløber. Det skal dog alligevel bemærkes, at afsnit 1.2 i aftalen fastslog, at købet af andre returautomater fra konkurrenter »ikke [var] forbudt«, »forudsat at varigheden hvad angår disse yderligere maskiner ikke overstiger den længste varighed, der fortsat skal løbe på detailsalgsstedet, hvor de supplerende maskiner er installeret«.

133 Afsnit 1.2 i den pågældende aftale foreskriver således, at aftalerne med andre leverandører skal ophæves progressivt, og at aftaler med de konkurrenter, som overstiger den længste varighed, der fortsat skal løbe på hvert salgssted, ikke kan accepteres.

134 Sagsøgernes klagepunkt skal derfor forkastes.

— Lidl (1999-2000)

135 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen hvad angår aftalen af april 1999 har undladt at inddrage den omstændighed, at Lidls ordre udtrykkeligt omtaler, at Lidl Nederland GmbH ikke forpligter sig til en eksklusivitetsaftale, i beviserne.

136 Endvidere har Kommissionen gengivet beviserne urigtigt ved at anføre, at Lidl havde til hensigt at købe »mindst« 40 returautomater, eftersom det i skrivelsen udelukkende omtales, at Lidl havde til hensigt at købe 40 returautomater. Kommissionen har ligeledes anerkendt, at Lidl kun købte 21 returautomater af sagsøgerne i 1999.

137 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen i 142. betragtning til den anfægtede beslutning har henvist til aftalen af 2000, som blev indgået med henblik på »at udskifte 44 gamle Halton-maskiner og 33 gamle Tomra-maskiner med 77 nye Tomra-returautomater inden udgangen af det pågældende år«. Eftersom der ikke var fastsat nogen minimumsmængde, bekræftede skrivelsen snarere blot, at Lidl havde bestilt 77 returautomater for at udskifte det samme antal gamle returautomater i sine butikker. Kommissionen har anerkendt, at Lidl faktisk købte 82 returautomater af sagsøgerne i

2000. Ifølge sagsøgerne godtgør skrivelsen klart, at Lidl anmodede dem om at udskifte maskinerne, fordi deres avancerede teknologi bedre kunne tilpasses Lidls behov.

138 Hvad angår aftalen af april 1999 bemærkes, at aftalen med Lidl ikke i den anfægtede beslutning kvalificeres som eksklusiv. Aftalen er beskrevet under afsnittet »Eksklusivitet og mængdeforpligtelser« i 142. betragtning til den anfægtede beslutning og under afsnittet »Mængdeforpligtelser og ensidige betingelser forbundet med de givne mængder« i 302. betragtning til den anfægtede beslutning. Hvad angår sagsøgernes konstatering af, at Lidl kun havde købt 21 maskiner i 1999, skal det understreges, at denne omstændighed ikke kan rejse tvivl ved det forhold, at denne aftale forpligtede kunden til at købe 40 maskiner over to år, idet aftaleperioden på to år endnu ikke var udløbet.

139 Sagsøgernes synspunkter vedrørende denne aftale skal således forkastes.

140 Hvad angår aftalen underskrevet den 29. september 2000 skal det blot bemærkes, at sagsøgerne for det første ikke har bestridt, at kunden havde forpligtet sig til at købe 77 maskiner inden udgangen af året, og for det andet at der i den anfægtede beslutning ikke er taget hensyn til denne aftale ved beregningen af den del af markedet, der ikke kunne erobres af sagsøgernes konkurrenter (jf. 163. betragtning til den anfægtede beslutning og fodnote 335 heri).

141 Følgelig kan dette klagepunkt heller ikke tages til følge.

— Superunie (2001)

142 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at Superunie er en central indkøbsorganisation i henhold til nederlandsk ret, at dens medlemmer uafhængigt træffer deres indkøbsbeslutninger, og at aftalen indgået med denne type organisation, som indeholdt en forpligtelse til at købe mindst 130 maskiner over en periode på halvandet år, ikke er bindende for organisationens medlemmer.

143 Sagsøgernes argumenter kan ikke tiltrædes. Der skal i den forbindelse henvises til de betragtninger, der fremgår af præmis 61-66 ovenfor om aftalerne med indkøbscentralerne.

144 I lyset af det ovenstående skal det fastslås, at hvad angår de fire aftaler i Nederlandene, som sagsøgerne har anfægtet, er den anfægtede beslutning ikke behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

Sverige

145 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede beslutning kvalificerer hovedparten af aftalerne indgået i Sverige urigtigt, og at den derfor er behæftet med en åbenbar fejl.

146 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

— ICA Handlares (Sverige) og Hakon Gruppen (Norge) (2000-2002)

147 Sagsøgerne har anført, at denne aftale, idet den er et bilag til aftalen indgået mellem Tomra-koncernen og Royal Ahold, ikke kan kvalificeres som eksklusiv, idet Royal Ahold-aftalen ikke i sig selv er eksklusiv.

148 Sagsøgerne har tilføjet, at ICA ganske som Hakon er centrale »forvaltningskontorer« for fuldstændigt uafhængige salgssteder. Sagsøgerne har således gjort gældende, at intet hindrede salgsstederne i at forsyne sig med returautomater fra sagsøgernes konkurrenter, selv hvis den pågældende aftale havde været eksklusiv.

149 Det skal hvad angår kvalificeringen af aftalen som eksklusiv bemærkes, at Royal Ahold Global Master-aftalen tidligere er undersøgt, og at det er fastslået, at der var tale om en eksklusivitetsaftale (jf. præmis 128-133 ovenfor). Kommissionen har således med føje fastslået, at ICA-aftalen pr. definition var eksklusiv, eftersom den var et bilag til denne aftale. Det følger endvidere af sagsakterne og navnlig af »tilbuddet om en yderligere samlet rabat i Norge og Sverige«, at Kommissionen med føje kunne fastslå, at aftalen ligeledes indeholdt en klausul, der gav mulighed for at opnå en fordel i form af en yderligere rabat ved køb af returautomater. Kommissionen har således kvalificeret aftalen som misbrug, idet den ikke blot indeholdt en eksklusivitetsklausul. ICA fik udbetalt en rabat på 10 % ud over den konkrete rabatordning, der var iværksat i Sverige, såfremt ICA forpligtede sig til at købe mindst 1 100 nye returautomater til Sverige og Norge i løbet af en periode, der løb fra 2000-2002. Aftalen havde således ikke alene til formå at fastsætte en eksklusivitetsklausul, men ligeledes at gøre ICA og Hakon loyale ved rabat, der blev udbetalt ved overstigelse af en fastsat mængde købte returautomater.

150 Hvad angår sagsøgernes argument om salgsstedernes uafhængighed skal der blot henvises til bemærkningerne i præmis 61-66 ovenfor om de centrale indkøbsorganisationer.

151 På denne baggrund skal dette anbringende forkastes i sin helhed.

— Rimi Svenska (2000)

152 Sagsøgerne har gjort gældende, at der ikke forelå nogen mængdeforpligtelse hvad angår den samlede ordre i april 2000, fordi Rimi Svenska i løbet af aftalens løbetid kun havde købt 23 returautomater for 2,6 mio. SEK, skønt rabatten med tilbagevirkende kraft kun blev udbetalt, såfremt indkøbet oversteg 7,5 mio. SEK.

153 Sagsøgerne har i deres replik anført, at det fastsatte mål heller ikke blev opfyldt som led i den bredere aftale indgået med ICA.

154 Der kan ikke tages hensyn til disse argumenter, idet aftalen med Rimi Svenska blev erstattet i 2000 af en bredere aftale indgået med ICA Ahold, hvori Rimi Svenska er et datterselskab, som fastsatte den samme rabat på 10 %, men under mere fleksible betingelser for at opnå rabatten. Rimi Svenska har således ikke fortabt den rabat, selskabet havde ret til i medfør af den tidligere aftale, som ligeledes fastsatte en rabat, hvis selskabet udpegede Tomra-koncernen som hovedleverandør.

155 I denne forbindelse skal skrivelsen af 2. november 2000, som er vedlagt som bilag til stævningen, ikke negligeres, idet den bekræfter, at Rimi Svenska har modtaget en delvis rabat med tilbagevirkende kraft, og at selskabet fik udbetalt resten i november 2000. Det præciseres endvidere i dokumentet, at den samlede ordre blev opsagt og erstattet af ICA-aftale, der er mere generel, som det netop er bemærket i præmis 154 ovenfor. Det skal endvidere bemærkes, at sagsøgernes påstand om, at det fastsatte mål heller ikke blev nået som led i den bredere aftale indgået med ICA, ikke er underbygget.

156 Dette klagepunkt skal således ligeledes forkastes.

— Spar, Willys og KB Exonen (Axfood-koncernen) (2000)

157 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen ikke har fremlagt beviser for en aftale, der giver Spar »ret« til rabatter med tilbagevirkende kraft. Sagsøgerne har gjort gældende, at de i deres svar på klagepunktsmeddelelsen udtrykkeligt havde henvist til Axfoods erklæring, hvori det anføres, at Spar og Willys gennemførte deres køb i henhold til en aftale indgået mellem D-Gruppen og Tomra-koncernen i 2000, som ikke gav mængderabatter.

158 Det skal i den forbindelse bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har anført, at den pågældende aftale indeholder rabatter med tilbagevirkende kraft til gengæld for købet af en bestemt mængde af sagsøgernes varer. Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ikke har underbygget sine påstande.

159 Det forekommer imidlertid, at sagsøgerne fremsætter selvmodsigende argumenter. Sagsøgerne anerkendte nemlig indledningsvis som led i de oplysninger, de afgav til Kommissionen, at de havde indgået aftaler med Spar og Willys, der indeholdt rabatklausuler med tilbagevirkende kraft. Herefter har sagsøgerne anført, at disse aftaler enten var omfattet af bredere aftaler, der ikke indeholdt rabatklausuler, eller aldrig havde eksisteret. Endelig har sagsøgerne anført, at visse beviser var forsvundet.

160 På baggrund af de oplysninger, Retten er forelagt, må dette klagepunkt klart forkastes.

— Axfood (2001)

161 Sagsøgerne har gjort gældende, at denne aftale ikke var bindende, og at Axfood ikke var forpligtet til at købe de pågældende mængder. De har gjort gældende, at Axfood kun købte halvdelen af den aftalte mængde.

162 Det er ubestridt, at denne aftale hverken er eksklusiv eller indeholder mængdeforpligtelser.

163 Denne aftale er omtalt i 314. betragtning til den anfægtede beslutning under overskriften »Rabatordninger«. Som anført i 178. betragtning til nævnte beslutning og fodnote 389 heri, er der tale om en aftale, som fastsætter tærskler, der giver kunden ret til rabatter med tilbagevirkende kraft på baggrund af antallet af købte maskiner. Sagsøgerne har ikke anfægtet denne konstatering, og der skal således ikke tages stilling til dette klagepunkt.

— Axfood (2003-2004)

164 Sagsøgerne har anført, at denne aftale ikke var eksklusiv, idet Axfood udtrykkeligt havde tilladelse til at afprøve konkurrerende maskiner, og at intet i denne aftale hindrede Axfood i at købe sådanne konkurrerende maskiner.

165 Det skal i den forbindelse blot fastslås, at denne aftale ikke er omfattet af det tidsmæssige område for den overtrædelse, der er fastslået i den anfægtede beslutning. Det er således ikke nødvendigt at tage stilling til dette klagepunkt fremsat af sagsøgerne.

166 På baggrund af det ovenstående skal det fastslås, at den anfægtede beslutning ikke er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn hvad angår aftalerne indgået i Sverige.

Norge

167 Sagsøgerne har gjort gældende, at alle aftalerne vedrørende Norge (100 % af sagsøgernes salg i Norge), som Kommissionen har påberåbt sig, ikke fandtes eller ikke indeholdt eksklusivitetsklausuler, mængdeforpligtelser eller rabatter med tilbagevirkende kraft.

168 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

— Køff Hedmark og Rema 1000 (1996), AKA/Spar Norge (1997)

169 Sagsøgerne har gjort gældende, at de påståede aftaler med ovennævnte kunder ikke er eksklusivitetsaftaler, men blot tilbud, der omtaler priserne.

170 Sagsøgerne har endvidere understreget, at da aftalerne er fra 1996 og 1997, ligger de uden for det tidsmæssige anvendelsesområde for den anfægtede beslutning.

171 I betragtning af at disse tre aftaler faktisk befinder sig uden for beslutningens tidsmæssige anvendelsesområde, er det ufornødent at træffe afgørelse om dette klagepunkt.

— NorgesGruppen, Hakon Gruppen, NKL (COOP) og Rema 1000 (1999-2000)

172 Sagsøgerne har indledningsvis foreholdt Kommissionen, at den ikke har adskilt de forskellige omhandlede aftaler, og at de pågældende betragtninger var »vanskelige at læse«.

173 Hvad angår aftalen med NorgesGruppen har sagsøgerne gjort gældende, at denne ikke er eksklusiv. De har således anført, at kundens samlede efterspørgsel var 1 300 returautomater. Der var imidlertid blot bestilt 635 returautomater hos sagsøgerne. Eftersom behovet var større end efterspørgslen, har sagsøgerne heraf udledt, at den supplerende forsyning er sket fra konkurrerende virksomheder. Kommissionen har

således undladt at tage hensyn til skrivelsen af 13. oktober 1998, der bekræfter kundens egentlige behov.

174 Sagsøgerne har endvidere anført, at Kommissionen selv har anerkendt, at NorgesGruppen ikke var bundet til at købe et minimum af returautomater af sagsøgerne. Bestillingen af returautomater og bekræftelsen heraf omtaler udtrykkeligt, at aftalen ikke var eksklusiv.

175 Endelig har sagsøgerne anført, at Kommissionen har fremført et relevant argument vedrørende den rabat, som NorgesGruppen skulle have tilbagebetalt, hvis den havde købt færre end 500 returautomater. Dette viste sig ikke at være tilfældet, eftersom der blev bestilt 635 maskiner. Kommissionen har ikke kunnet godtgøre, hvorledes aftalen afveg fra en almindelig mængderabat.

176 Hvad angår Hakon Gruppen har sagsøgerne gjort gældende, at der ikke var fastsat en minimumstærskel for køb, for så vidt som bekræftelsen af kundens ordre fastsætter, at denne kunne bestille et lavere antal returautomater, selv om den kun havde ret til en rabat for de maskiner, den reelt havde købt. Kommissionen har i øvrigt ikke bestridt dette bevis.

177 Sagsøgerne har endvidere foreholdt Kommissionen, at den ikke har taget hensyn til beviser, der antyder, at aftalen ikke var eksklusiv, og navnlig et mødereferat fra mødet i »butikskespertgruppen« af 2. februar 1999.

178 Hvad angår NKL (COOP) har sagsøgerne gjort gældende, at kunden ikke var forpligtet til at købe den aftalte mængde, og at den anfægtede beslutning ikke godtgør, at sagsøgerne har tilpasset ordren til hver kundes individuelle efterspørgsel. Sagsøgerne har endvidere anført, at NKL ligeledes har handlet hos konkurrenten Lindco i den pågældende periode.

179 Hvad endelig angår aftalen indgået med Rema 1 000 har sagsøgerne anført, at den påståede aftale, der tilbød rabatter ved en ordre på 200 maskiner, ikke blev underskrevet af kunden og ikke forpligtede Rema 1 000 til at købe en minimumsmængde af returautomater. De har ligeledes påberåbt sig Rema 1000's erklæringer, hvorefter andre leverandører ikke kunne konkurrere med sagsøgernes kvalitet og serviceniveau. Endelig har de tilføjet, at Rema 1 000 hovedsageligt forsynede sig fra deres konkurrenter.

180 Aftalerne med NorgesGruppen, Hakon Gruppen, NKL (COOP) og Rema 1 000 skal undersøges samlet. I det væsentlige har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den har kvalificeret disse aftaler som eksklusive, og at den har anført, at sagsøgerne fastsatte en progressiv rabat til gengæld for den bestilte mængde.

181 Hvad angår argumentet om, at der foreligger eksklusivitetsaftaler, er det ufornødent at træffe afgørelse om dette spørgsmål, eftersom disse aftaler ikke er kvalificeret som eksklusive i den anfægtede beslutning (jf. 302. betragtning til den anfægtede beslutning).

182 Hvad angår argumentet om kvalificeringen af aftalerne som mængdeforpligtelser til gengæld for faste rabatter har Kommissionen med føje præciseret, at det for at fastslå, at der foreligger aftaler om forpligtelser, er afgørende at fastslå, om denne praksis skaber et incitament til ikke at købe fra konkurrenterne.

183 Hvad angår aftalen indgået med Rema 1000 ses det således, at rabatten er fast, eftersom den er proportionel med antallet af købte maskiner (14% for 200), ligesom der for de andre aftaler var en lignende rabat, men for en væsentlig højere købsmængde (500 maskiner). For alle de andre aftaler tilbød sagsøgerne endvidere at udbetale rabatten inden købet af returautomaterne og præciserede, at det, såfremt den fastsatte mængde ikke blev nået, påhvilede sagsøgerne at tilbagebetale denne rabat for det antal maskiner, der ikke blev bestilt. Heraf følger, som Kommissionen meget berettiget har understreget, et større incitament for kunden, end hvis rabatten var blevet udbetalt efter hver ordre.

184 Følgelig skal dette klagepunkt forkastes.

— NorgenGruppen (2000-2001)

185 Hvad angår aftalen med NorgenGruppen for årene 2000 og 2001 har sagsøgerne gjort gældende, at der i modsætning til, hvad Kommissionen har anført, ikke er indgået nogen aftale med denne kunde. Der er således tale om en ikke-underskrevet tilbudsskrivelse.

186 Det skal i den forbindelse bemærkes, at sagsøgerne har forelagt Kommissionen den ikke-underskrevne tilbudsskrivelse, som er vedlagt som bilag til stævningen, som led i deres svar på en anmodning om oplysninger, hvori sagsøgerne blev anmodet om at angive alle aftaler, herunder de aftaler, der var indgået uformelt.

187 Det skal endvidere tilføjes, at det på grundlag af oplysningerne i sagsakterne kan fastslås, at sagsøgerne har tilbudt en forudbetalt rabat på grundlag af en mængdemålsætning på 150 returautomater og har forsynet kunderne til en nedsat pris (jf. 247. betragtning til den anfægtede beslutning og fodnote 547 heri).

188 Skønt det er korrekt, at det dokument, der er vedlagt som bilag til stævningen, er en ikke-underskrevet tilbudsskrivelse, gælder det ikke desto mindre, at rabatten er blevet udbetalt, og salget er sket på de betingelser, der er fastsat i dette dokument. Det følger endvidere heraf, at kunden intet har købt fra konkurrerende leverandører i denne periode.

189 Endelig skal det bemærkes, at det fremgår af selve den anfægtede beslutning, at der var tale om et ikke-underskrevet tilbud, og at købsmålsætningen ikke var opfyldt. I betragtning heraf skal dette klagepunkt forkastes.

— NKL (COOP) og Rema 1000 (2000-2001)

190 Hvad angår NKL (COOP) har sagsøgerne anerkendt, at NKL blev tilbudt en rabat på 10 %, såfremt købet oversteg 150 returautomater. Sagsøgerne har imidlertid anført, at NKL ikke har underskrevet dette tilbud, og at aftalen endte med ikke at blive indgået. Sagsøgerne har gjort gældende, at den omstændighed, at kundens reelle køb var lavere end tilbuddets oprindelige mål, beviser, at der ikke var en bindende forpligtelse.

191 Hvad angår Rema 1000 har sagsøgerne gentaget de samme argumenter som vedrørende aftalen indgået med NKL (COOP), idet der ligeledes forelå et tilbud om rabat ved køb af 70 maskiner, som kunden har afvist. Sagsøgerne har således bestridt, at der er indgået en aftale mellem parterne.

192 Sagsøgernes argument om, at den omstændighed, at disse to kunders reelle køb var lavere end tilbuddets oprindelige mål, godtgør, at der ikke forelå en bindende forpligtelse, skal forkastes.

193 Det skal i den forbindelse for det første bemærkes, at den anfægtede beslutning ikke anfører, at disse to kunder (NKL (COOP) og Rema 1000) var kontraktmæssigt forpligtet til at købe en bestemt mængde maskiner. Disse to selskaber er således omtalt i 302. betragtning til den anfægtede beslutning under afsnittet »Mængdeforpligtelser og ensidige betingelser forbundet med givne mængder«. Der er i de to tilfælde tale om rabatter, der er betinget af kundens køb af en stor mængde maskiner over en periode på ca. et år. I Rema 1000's tilfælde foreskrev rabatordningen en direkte betinget rabat (10 % for en mængde på 70 maskiner) og en yderligere rabat med tilbagevirkende kraft på 32 % for 85 maskiner. Kunden købte 73 maskiner (jf. 261. betragtning til den anfægtede beslutning).

194 Det skal for det andet understreges, at der i den anfægtede beslutning tages højde for de relativt milde aftalebetingelser, der var blevet tilbudt f.eks. NKL (COOP) i forhold til andre norske kunder, og tager hensyn hertil (jf. 256. betragtning og vedrørende sagsøgernes praksis' betydning fodnote 604). Kommissionen har således med føje anført, at det ikke nødvendigvis var afgørende at vide, om et givent mål var nået, når der ikke eller kun i ubetydeligt omfang er foretaget indkøb hos konkurrenterne (jf. 312. betragtning til den anfægtede beslutning).

195 Af disse grunde skal dette klagepunkt forkastes.

196 I betragtning af det ovenstående skal sagsøgernes argument om, at alle aftalerne vedrørende Norge er kvalificeret urigtigt i den anfægtede beslutning, forkastes.

197 Første anbringendes andet led og dermed det første anbringende som helhed skal således forkastes.

B — *Det andet og det fjerde anbringende om et åbenbart urigtigt skøn vedrørende spørgsmålet, om aftalerne kunne udelukke konkurrencen, og begrundelsesmangel*

198 Det andet og fjerde anbringende i stævningen er blevet samlet i dette anbringende, som er delt i tre led. For det første har Kommissionen gjort sig skyldig i åbenbar urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at eksklusivitetsaftalerne, de individuelle mængdeforpligtelser og de individuelle rabatter med tilbagevirkende kraft er ulovlige i sig selv i henhold til artikel 82 EF, og ved ikke at redegøre for den test eller de kriterier, den har anvendt for at vurdere, om disse aftaler kunne begrænse eller udelukke konkurrencen. For det andet har Kommissionen ikke undersøgt, om den del af markedet for returautomater, der var åben for konkurrence, var så betydelig, at den tillod effektive konkurrenter at virke på markedet. For det tredje er Kommissionens vurdering af den evne, de påståede rabatter med tilbagevirkende kraft havde til at udelukke konkurrencen, støttet på urigtige og vildledende beviser og teorier.

1. Sagsøgernes aftalers påståede ulovlighed i sig selv og den manglende forklaring af den test eller de kriterier, Kommissionen har anvendt for at vurdere, om disse aftaler kunne begrænse eller udelukke konkurrencen

a) Parternes argumenter

199 For det første har sagsøgerne foreholdt Kommissionen, at den har foretaget åbenbar urigtig retsanvendelse ved ikke at medtage den markedssammenhæng, de tre typer aftaler indgår i, i sin retlige vurdering.

200 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat det kriterium, der er fastsat i Michelin II-dommen. De har gjort gældende, den anfægtede beslutning i henhold til Michelin II-dommen skal godtgøre, at aftalerne »kan« begrænse konkurrencen. Dette ville kræve en undersøgelse af markedssammenhængen. Der ville nemlig intet eller næsten intet være tilbage af kriteriet fastsat i dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor, såfremt Kommissionen i medfør af Michelin II-dommen blot skulle undersøge indholdet af en aftale i henhold til artikel 82 EF.

201 Sagsøgerne har tilføjet, at det kriterium om ulovlighed i sig selv, der fremgår af den anfægtede beslutning, vil føre til, at et stort antal aftaler inden for det indre marked forbydes i forskellige sektorer, selv om de styrker konkurrencen frem for at begrænse den alt efter markedssammenhængen. Der er intet grundlag i den økonomiske teori eller i forretningspraksis for at fastslå, at eksklusivitetsaftaler, individuelle mængdeforpligtelser og individuelle rabatter altid eller næsten altid medfører en konkurrencebegrænsning, når de anvendes af et selskab i en dominerende stilling.

202 Sagsøgerne har gjort gældende, at ved at undlade at undersøge visse forhold, har Kommissionen ikke vurderet, om deres praksis retligt set kunne have en konkurrencebegrænsende virkning.

203 De forhold, som Kommissionen har undladt at undersøge, beror på den omstændighed, at sagsøgerne var den eneste producent af returautomater, der kunne tilbyde den »revolutionerende teknologi« med vandret indføring mellem 1998 og 2002, at sagsøgerne solgte deres maskiner direkte til de endelige kunder (supermarkedskæder), at de pågældende aftaler ikke hindrede konkurrenternes adgang til forhandlerne, og endelig at supermarkedskæderne er professionelle købere, som kunne sammenligne sagsøgernes returautomater med konkurrenternes returautomater og således selv beslutte, hvilke returautomater der havde en god pris, gode kvaliteter, pålidelighed og teknologi og et godt serviceniveau.

204 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at den anfægtede beslutning er støttet på den retlige teori om, at artikel 82 EF alene kræver, at Kommissionen godtgør aftalernes eksistens og form, og at beslutningen ikke indeholder en passende begrundelse for, hvorfor en eller flere de 49 aftaler kunne udelukke konkurrenterne fra markedet for returautomater.

205 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

b) Rettens bemærkninger

206 Det skal bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at begrebet 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 som følge 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. Det følger heraf, at artikel 82 EF forbyder en virksomhed, som har en dominerende stilling, at eliminere en konkurrent og således styrke sin stilling ved andre midler end dem, som tages i brug inden for rammerne af en konkurrence baseret på opnåede resultater. Forbuddet i denne bestemmelse er ligeledes begrundet i ønsket om ikke at forvolde forbrugerne skade (Rettens dom af 23.10.2003, sag T-65/98, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, Sml. II, s. 4653, præmis 157).

207 Selv om konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, ikke i sig selv er ensbetydende med en kritik af vedkommende virksomhed, er denne virksomhed dog, uafhængigt af årsagerne til denne stilling, særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57, og Rettens dom af 17.9.2007, sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, Sml. II, s. 3601, præmis 229). Tilsvarende gælder, at selv om en dominerende stilling ikke afskærer en virksomhed, der har denne stilling, fra at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om denne virksomhed har ret til i rimeligt omfang at udføre de handlinger, den skønner fornødne med henblik på at beskytte sine interesser, kan man dog ikke anerkende sådanne former for adfærd, når de har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 189, og Michelin II-dommen, præmis 55).

208 Det bemærkes i øvrigt, at ifølge fast retspraksis misbruger en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som — også efter anmodning fra disse — binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele

eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos denne virksomhed, herved sin dominerende stilling som nævnt i artikel 82 EF, uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse. Det samme gælder, når virksomheden, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den dominerende virksomhed (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89).

209 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 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 (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 90).

210 Hvad nærmere angår en dominerende virksomheds ydelse af rabatter fremgår det af fast retspraksis, at en loyalitetsrabat, der er modydelsen til, at kunden forpligter sig til udelukkende eller næsten udelukkende at få forsyninger fra den markedsdominerende virksomhed, er i strid med artikel 82 EF. En sådan rabat har i kraft af de økonomiske fordele til formål at hindre, at kunden handler med konkurrerende producenter (Domstolens 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 518, og Michelin II-dommen, præmis 56).

211 En rabatordning, som har en markedsafskærmende virkning, anses for stridende mod artikel 82 EF, såfremt ordningen anvendes af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling. Af denne grund har Domstolen fastslået, at en rabat, der er knyttet til opfyldelsen af købsmål, er i strid med artikel 82 EF (Michelin II-dommen, præmis 57).

212 En ordning med kvantumrabatter, der udelukkende er knyttet til de hos den markedsdominerende virksomhed indkøbte mængder, anses normalt ikke for at medføre en afskærmning af markedet i strid med artikel 82 EF. Såfremt en stigning i den leverede mængde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er denne berettiget til at give kunden fordel heraf ved en mere fordelagtig prissætning. Kvantumrabatter antages således at afspejle den ydede effektivitet og stordriftsfordele, som virksomheden med den dominerende stilling opnår (Michelin II-dommen, præmis 58).

213 Det følger heraf, at en rabatordning, hvor rabattens størrelse stiger i takt med de købte mængder, ikke er i strid med artikel 82 EF, medmindre de kriterier og regler, hvorefter rabatten ydes, ikke har nogen økonomisk berettigelse, men har til formål at hindre, at kunder foretager indkøb hos konkurrerende producenter, f.eks. loyalitets- og målrabatter (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 90, og Michelin II-dommen, præmis 59).

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 (Michelin II-dommen, præmis 60).

215 Det kan udledes af denne retspraksis, at det, som sagsøgerne i øvrigt har gjort gældende, for at efterprøve, om eksklusivitetsaftalerne, de individuelle mængdeforpligtelser og de individuelle rabatter med tilbagevirkende kraft er uforenelige med artikel 82 EF, når der er foretaget en vurdering af alle omstændighederne og således ligeledes af den sammenhæng, disse aftaler indgår i, skal undersøges, om denne praksis har til formål eller kan begrænse eller udelukke konkurrencen.

216 Det skal i det foreliggende tilfælde for det første undersøges, om Kommissionen i den anfægtede beslutning har set bort fra den sammenhæng, de pågældende aftaler indgår i, og for det andet, om Kommissionen har givet en passende begrundelse for sin konklusion om, hvorvidt aftalerne kunne udelukke konkurrencen.

217 Det skal i den forbindelse bemærkes, at der i den anfægtede beslutning, efter at de pågældende markeders struktur og den stilling, som sagsøgerne og deres konkurrenter indtog herpå, var blevet undersøgt, og det var blevet fastslået, at de indtog en meget betydelig dominerende stilling (jf. 12.-96. betragtning til den anfægtede beslutning), er foretaget en individuel undersøgelse af hver af sagsøgernes praksis (jf. 97.-133. betragtning til den anfægtede beslutning). Derefter er den anfægtede beslutning helliget lange passager til undersøgelse af denne praksis' evne til at fordreje konkurrencen under omstændighederne i denne sag (jf. navnlig 159.-166., 180.-187., 218.-226., 234.-240., 264.-277. og 286.-329. betragtning til den anfægtede beslutning).

218 Det fastslås endvidere i den anfægtede beslutning, efter at sagsøgernes praksis på hvert af de berørte nationale markeder er blevet sat i forhold til kundernes størrelse, aftalernes varighed, udviklingen af efterspørgslen på dette marked og procentdelen af

den bundne markedsandel, at denne praksis kunne forhindre, at konkurrence opstod eller blev udviklet, og at der forelå et misbrug, når praksissen sigtede til at binde en betydelig del af efterspørgslen. Hvad særligt angår sagsøgernes bonus- og rabatordninger illustreres visse af disse ordningers »afsmittende virkning« for hvert land i den anfægtede beslutning med grafiske fremstillinger.

219 Kommissionen har, selv om det i henhold til retspraksis ikke var nødvendigt, ligeledes analyseret sagsøgernes praksis reelle virkning i lyset af markedsbetingelserne.

220 Hvad angår de andre faktorer, som ifølge sagsøgerne skulle have været undersøgt i den anfægtede beslutning for at godtgøre, om deres praksis kunne begrænse konkurrencen, skal der tages hensyn til følgende betragtninger.

221 For det første kan den påståede tekniske overlegenhed hos sagsøgerne, som var de eneste producenter af returautomater, der kunne tilbyde en »revolutionerende teknologi« med vandret indføring mellem 1997 og 2001, ikke påvirke vurderingen af, om aftalerne kunne begrænse konkurrencen. Dette forhold kan eventuelt udelukkende påvirke vurderingen af sagsøgernes konkurrencemæssige stilling på markedet og således deres dominerende stilling.

222 For det andet skal det fastslås, at den omstændighed, at maskinerne blev solgt direkte til den endelige kunde, er en faktor, som støtter konstateringen af et misbrug af dominerende stilling og ikke det modsatte. Selv om det er rigtigt, at de pågældende

aftaler teoretisk set ikke hindrede konkurrenternes adgang til forhandlerne, er det imidlertid klart, at forhandlerne ikke havde nogen interesse i at købe dem, eftersom sagsøgernes aftaler hindrede deres konkurrenter i at tilbyde returautomater til den endelige kunde.

223 For det tredje skal det hvad angår den omstændighed, at supermarkedskæderne er professionelle købere, som kunne sammenligne og vælge mellem sagsøgernes og konkurrenternes returautomater, bemærkes, at sagsøgernes adfærd åbenbart var udviklet for at indføre midler, der tilskyndede kunderne til ikke at forsyne sig hos andre leverandører, og at opretholde denne situation.

224 Endelig skal det i lighed med, hvad Kommissionen har anført, bemærkes, at sagsøgerne havde alle muligheder for at fremlægge en begrundelse for deres adfærd, som var økonomisk objektiv og i overensstemmelse med konkurrencen. De kunne have forklaret, hvilke effektivitetsgevinster de eventuelt tilsigtede at uddrage af eksklusivitetsaftalerne, mængdeforpligtelserne og de individuelle rabatordninger, som de udøvede. Sagsøgerne har imidlertid ikke for Retten gjort gældende, at deres adfærd medførte den mindste form for følelig øget effektivitet, på anden måde har været berettiget eller medført nedsatte priser eller andre fordele for forbrugerne.

225 I betragtning af det ovenstående skal sagsøgernes argument om, at Kommissionen udelukkende har undersøgt de pågældende aftalers indhold og ikke den sammenhæng, disse aftaler indgår i, forkastes.

226 Hvad angår klagepunktet om, at denne del af den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet, skal det for det andet bemærkes, at dette klagepunkt heller ikke kan tages til følge.

227 Den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 253 EF, skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret (Domstolens dom af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 19, og af 19.9.2002, sag C-114/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7657, præmis 62). For så vidt angår en beslutning, der er vedtaget i henhold til artikel 82 EF, kræver dette princip, at den anfægtede beslutning nævner de faktiske omstændigheder, som foranstaltningens retlige berettigelse afhænger af, og de betragtninger, som førte til beslutningen (jf. i denne retning Rettens dom 30.1.2007, sag T-340/03, France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 107, præmis 57, som ikke er appelleret på dette punkt).

228 Der skal i denne forbindelse henvises til bemærkningerne i præmis 216-218 ovenfor, hvoraf det klart fremgår, at Kommissionen detaljeret har fremlagt årsagerne til, at den fandt, at de pågældende aftaler kunne begrænse eller udelukke konkurrencen.

229 Det er således hævet over enhver tvivl, at sagsøgerne kendte til alle begrundelserne for denne del af den anfægtede beslutning. Det skal endvidere fastslås, at Retten har været fuldt ud i stand til at udøve sin legalitetskontrol af den anfægtede beslutning. Det følger heraf, at denne del af den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet.

230 I betragtning af det ovenstående skal dette led af det andet anbringende forkastes.

2. Sagsøgernes praksis »utilstrækkelige dækning« af den samlede efterspørgsel på returautomater

a) Parternes argumenter

231 Sagsøgerne har gjort gældende, at selv om det i den anfægtede beslutning var godtgjort, at alle de pågældende aftaler kunne have udelukkelsesvirkning, beviste dette blot, at konkurrenterne blev udelukket fra forsyningen af de kunder, der allerede havde indgået disse aftaler (hvis eksistens sagsøgerne fortsat har bestridt). Konkurrenterne var imidlertid fortsat frie til at søge kunder blandt andre virksomheder. For at godtgøre en tilsidesættelse af artikel 82 EF skulle det i den anfægtede beslutning have været bevist, at disse aftaler dækkede en så udbredt del af markedet, at de kunne udelukke et tilstrækkeligt antal konkurrenter fra markedet som helhed, og dermed en betydelig nedsættelse af konkurrencen. Kommissionen har ikke forklaret, hvorfor den omstændighed, at konkurrenterne ikke kunne sælge deres returautomater til konkrete kunder, medførte, at de blev udelukket fra markedet »som helhed«.

232 Sagsøgerne har gjort gældende, at det relevante spørgsmål er, om en konkurrent kunne forblive på markedet på en rentabel måde ved kun at betjene den del af efterspørgslen, der var åben for konkurrence, og at Kommissionen skulle have fastsat minimumsstørrelsen for den levedygtighed, der kræves for at kunne virke på det pågældende marked. Såfremt denne efterspørgsel var tilstrækkelig stor, og levedygtighedsstørrelsen var tilstrækkelig nedsat for at give en potentiel konkurrent mulighed

for at trænge ind eller blive på markedet sammen med sagsøgerne, skulle Kommissionen have fastslået, at sagsøgernes praksis ikke udgjorde misbrug. Kommissionen har endvidere ikke klart anført den markedsandel, der skulle dækkes af aftalerne, for at aftalerne kunne udelukke konkurrenterne. Der gives ikke i den anfægtede beslutning noget objektivt kriterium for at fastsætte, hvor tærsklen befinder sig.

233 Sagsøgerne er af den opfattelse, at det, såfremt Kommissionen havde foretaget en sådan vurdering, ikke ville have været muligt for dem at bevise, at de pågældende aftaler kunne have udelukket konkurrenter, der havde den samme effektivitet, fra markedet. Sagsøgerne har understreget, at det påhvilede Kommissionen i den anfægtede beslutning at godtgøre, at sagsøgernes praksis kunne medføre en udelukkelsesvirkning. Sagsøgerne har, når der ikke er en tilstrækkelig begrundelse i den anfægtede beslutning, ingen forpligtelse til at bevise det modsatte.

234 Sagsøgerne har gjort gældende, at den nye undersøgelse, der fremgår af svarskriftet, om den udelukkelsesvirkning, der skabes af sagsøgernes praksis, skal afvises. Det spørgsmål, som Retten skal tage stilling til, er, om den anfægtede beslutning var tilstrækkeligt begrundet på dette punkt. Det kan således generelt ikke tillades, at Kommissionen udbedrer sine fejl og undladelser i beslutningen ved at fremlægge en ny analyse og yderligere beviser under proceduren for Retten.

235 Sagsøgerne har endvidere afvist påstanden om, at det ikke er den dominerende virksomhed, der skal fastsætte antallet af konkurrenter på markedet, som irrelevant. De forskellige markeder kan være fuldt ud konkurrencedygtige, selv om antallet af konkurrenter varierer, og nogle gange når der blot er to konkurrenter på markedet. Ifølge sagsøgerne tilkommer det Kommissionen i den anfægtede beslutning at fastsætte tærsklen for levedygtighed for virksomhederne på det relevante marked og afgøre, om størrelsen af den markedsandel, der kan erobres, giver mulighed for, at et

tilstrækkeligt antal virksomheder kan virke på markedet, for at konkurrencen bliver effektiv. Dette er ikke sket i denne sag.

236 Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at deres praksis ikke dækker en tilstrækkelig stor del af det samlede marked. Sagsøgerne har anført, at den markedsandel, der var åben for konkurrence, for hvert nationale marked var mindst 30 % og mere end 50 % i de fleste tilfælde, og for de fem lande samlet set var den ca. 61 % eller mere end 2 000 maskiner årligt. Dette tal overstiger minimumsniveauet for det nødvendige salg for at sikre en returautomatsproducents levedygtighed, som sagsøgerne har vurderet til at være mellem 500 og 1 000 enheder årligt.

237 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

b) Rettens bemærkninger

238 Det skal først bemærkes, at spørgsmålet i det væsentlige er, om Kommissionen for at bevise, at konkurrenterne udelukkes fra markedet som helhed, skulle have fastsat minimumsstørrelsen for levedygtighed, der kræves for at kunne virke på det pågældende marked, og derefter efterprøve, om den markedsandel, der ikke var åben for konkurrence (dvs. den del af efterspørgslen, der er bundet af sagsøgernes praksis), var tilstrækkelig stor til at kunne have en udelukkende virkning på konkurrenterne.

239 Det skal bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har fastslået, at den bundne del af efterspørgslen i de lande og den periode, for hvilke overtrædelsen er fastsat, var »betydelig« eller »ikke-uvæsentlig«, og at den især i de »kritiske år« for væksten på hvert af de pågældende markeder udgjorde en meget betydelig andel (jf. 392. betragtning til den anfægtede beslutning). Der er i den anfægtede beslutning imidlertid ikke fastsat en præcis tærskel, over hvilken sagsøgernes praksis kunne udelukke konkurrenterne.

240 Det skal bemærkes, at Kommissionen med rette har fastslået, at den dominerende virksomhed ved at binde en væsentlig del af markedet har begrænset adgangen til en eller få konkurrenter og dermed begrænset konkurrencens intensitet på markedet som helhed.

241 En dominerende virksomheds binding af en væsentlig del af markedet kan nemlig ikke berettiges af, at det godtgøres, at den del af markedet, der var åben for konkurrence, stadig er tilstrækkelig til at skabe plads til et begrænset antal konkurrenter. De kunder, der befinder sig på den bundne del af markedet, skal nemlig have mulighed for at nyde godt af så meget konkurrence som muligt på markedet, og konkurrenterne skal kunne konkurrere på grundlag af opnåede resultater på markedet som helhed og ikke blot på en del heraf. Endvidere er den dominerende virksomheds rolle ikke at afgøre, hvor mange levedygtige konkurrenter der må konkurrere med den for den del af efterspørgslen, der stadig er åben for konkurrence.

242 Det skal i den forbindelse understreges, at udelukkende en undersøgelse af omstændighederne i denne sag som den, Kommissionen har foretaget i den anfægtede beslutning, kan give mulighed for at afgøre, om en dominerende virksomheds praksis kan udelukke konkurrencen. 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.

243 Det skal for det første særligt bemærkes, at sagsøgernes praksis i gennemsnit bandt en betydelig del — to femtedele — af den samlede efterspørgsel i løbet af perioden og i de undersøgte lande. Følgelig gælder det, at selv hvis sagsøgernes teori om, at bindingen af en beskeden del af efterspørgslen er uden betydning, skulle tages til følge, er denne del langt fra beskeden i den foreliggende sag.

244 For det andet har sagsøgernes praksis ofte 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 (jf. f.eks. 163., 219. og 237. betragtning til den anfægtede beslutning).

245 For det tredje skal det bemærkes, at sagsøgernes praksis bandt den endelige kundes og ikke forhandlernes efterspørgsel. Konkurrenterne kunne således ikke benytte andre alternative forhandlermetoder, som kunne udbedre virkningen af sagsøgernes praksis.

246 I betragtning heraf skal dette led af det andet anbringende således forkastes.

3. De angiveligt urigtige og vildledende beviser og teorier, som er blevet anvendt for at vurdere evnen til at udelukke konkurrencen ved rabatter med tilbagevirkende kraft

a) Parternes argumenter

247 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionens teori om rabatterne med tilbagevirkende kraft er støttet på to forhold: for det første på den omstændighed, at kunderne kun ville købe et lille antal maskiner af en ny leverandør, og for det andet, at rabatten med tilbagevirkende kraft gav sagsøgerne mulighed for at tilbyde negative eller meget lave priser. Sagsøgerne har anført, at priserne i næsten alle de eksempler, der er anvendt af Kommissionen, aldrig kunne være negative, og konkurrenterne i alle tilfælde ville være i stand til at have positive indtægter af deres salg. Sagsøgerne har ligeledes anført, at Kommissionen heller ikke har undersøgt sagsøgernes omkostninger, for at fastsætte det niveau, over hvilket priserne ville medføre udelukkelse eller være underbudspriser.

248 Ifølge sagsøgerne kan man, når rabatterne med tilbagevirkende kraft medfører positive priser, ikke formode, at de nødvendigvis kan skabe udelukkelsesvirkninger. En sådan tilgang ville således medføre et forbud mod rabatter med tilbagevirkende kraft i sig selv.

249 Sagsøgerne har tilføjet, at den anfægtede beslutning hverken har vurderet de priser, der følger af sagsøgernes rabatter, i forhold til et referencepunkt eller på grundlag af et objektivt anvendeligt kriterium. Det fastslås blot, at rabatterne har pålagt konkurrenterne offeromkostninger, som er defineret forkert, og at de priser, der følger heraf, således efter den anfægtede beslutnings subjektive opfattelse er »meget lave«, uden at Kommissionen har defineret, hvad der skal forstås ved dette udtryk. Sagsøgerne har

gjort gældende, at Kommissionen ikke kan lægge vægt på sådanne subjektive konstateringer og synspunkter for at afgøre, om rabatterne kunne have en udelukkende virkning.

250 Sagsøgerne har i øvrigt gjort gældende, at konklusionen i den anfægtede beslutning, hvorefter rabatterne med tilbagevirkende kraft kunne have udelukkende virkning, er støttet på urigtige diagrammer.

251 I to af de syv tilfælde, der er omtalt i den anfægtede beslutning (figur 23 og 24 i den anfægtede beslutning vedrørende Østrig), har Kommissionen lagt diagrammer, der er urigtige og vildledende, til grund. Kommissionens teori om, at konkurrenterne måtte fakturere negative priser i disse tilfælde, er under alle omstændigheder urigtig.

252 I fire andre tilfælde (figur 15 og 18 vedrørende henholdsvis Nederlandene og Sverige og figur 21 og 22 vedrørende Tyskland) har Kommissionen set bort fra rabatter, som kunderne var begunstiget af for salg, der lå under den tærskel, som Kommissionen har anvendt i sin analyse. Hvis denne fejl blev rettet, ville priserne i tre af de fire tilfælde på intet tidspunkt have været negative og kun marginalt negative for salg af en enkelt enhed i et andet tilfælde.

253 I modsætning til hvad Kommissionen har anført, kunne konkurrenterne i seks af de syv tilfælde fakturere positive priser, selv om de kun solgte meget små mængder, dvs. to eller tre maskiner.

254 Kommissionen har i hvert af de syv tilfælde med urette forudsat, at konkurrenterne måtte begrænse sig til at sælge et lille antal returautomater.

255 Kommissionen har i alle syv tilfælde set bort fra relevante beviser hvad angår markedets funktion, hvilket underminerer dens konklusioner. Kommissionen har navnlig set bort fra indtægterne fra eftersalgsservice og efterfølgende salg af returautomater. Under hensyn til disse indtægter kunne konkurrenterne forvente at oppebære positive indtægter, også for salg af returautomater til negative priser.

256 Sagsøgerne har præciseret, at selv om konkurrenterne havde været tvunget til blot at sælge et lille antal returautomater (f.eks. en eller to maskiner), har Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke godtgjort, at de af sagsøgerne anvendte rabatter kunne udelukke sådanne konkurrenter fra markedet.

257 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

b) Rettens bemærkninger

258 Det skal først bemærkes, at dette klagepunkt er støttet på en urigtig forudsætning. I modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende, kan den omstændighed, at rabatordningerne med tilbagevirkende kraft tvinger konkurrenterne til at opkræve negative priser hos de af sagsøgernes kunder, der er begunstiget af en rabat, ikke anses for at være en af de søjler, som den anfægtede beslutning er støttet på for at godtgøre,

at sagsøgernes rabatordninger med tilbagevirkende kraft kan have konkurrencebegrænsende virkning.

259 Den anfægtede beslutning er derimod støttet på en hel række af andre overvejelser om sagsøgernes rabatter med tilbagevirkende kraft for at fastslå, at denne type praksis kunne udelukke konkurrenter i strid med artikel 82 EF.

260 For det første fastslås det i den anfægtede beslutning, at incitamentet til udelukkende eller næsten udelukkende at forsyne sig hos sagsøgerne er betydeligt større, når tærsklerne, som de af sagsøgerne anvendte, kombineres med en ordning, hvorefter fordelen forbundet med overskridelse af præmietærsklen eller en mere fordelagtig tærskel, alt efter omstændighederne, påvirker alle de køb, kunden foretager i den pågældende periode, og ikke udelukkende den købsmængde, der overstiger den pågældende tærskel (jf. 132., 297. og 316. betragtning til den anfægtede beslutning).

261 For det andet har Kommissionen i den anfægtede beslutning bemærket, at rabatordningerne var særlige for hver kunde, og tærsklerne var fastsat på grundlag af kundens skønnede behov og/eller den tidligere købsmængde.

262 I den anfægtede beslutning omtales særligt den omstændighed, at en rabatordning med tilbagevirkende kraft kombineret med en eller flere tærskler, der svarer til hele eller en stor del af kundens behov, udgjorde et betydeligt incitament til at købe alle

eller næsten alle de nødvendige maskiner af sagsøgerne og forhøjede udgifterne til at skifte til en anden leverandør kunstigt for selv et lille antal enheder (jf. 131.-133., 297., 321. og 322. betragtning til den anfægtede beslutning).

263 For det tredje har Kommissionen fastslået, at rabatter med tilbagevirkende kraft fandt anvendelse på nogle af sagsøgernes største kunder med henblik på at sikre sig deres loyalitet (jf. f.eks. 180. og 240. betragtning til den anfægtede beslutning).

264 Endelig bemærkes det i den anfægtede beslutning, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at deres adfærd var objektivt begrundet, eller at den skabte væsentlig øget effektivitet, som overvinder de konkurrencebegrænsende virkninger, der er skabt for forbrugerne (jf. 391. betragtning til den anfægtede beslutning).

265 Det er ganske vist rigtigt, at den anfægtede beslutning med diagrammer (jf. figur 15, 18, 21, 22, 23, 24 og 27) illustrerer den omstændighed, at sagsøgernes rabatter med tilbagevirkende kraft havde markedsafskærmende virkning ved at føre konkurrenterne til at opkræve meget lave, og nogle gange negative, priser for de sidste enheder, inden overskridelse af den tærskel, der var fastsat ved rabatordningen (jf. 165., 186., 224., 235., 236. og 268. betragtning til den anfægtede beslutning).

266 Imidlertid har Kommissionen i den anfægtede beslutning på ingen måde 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 sagsøgernes bonus- og rabatordninger. Den indeholder udelukkende et eller to diagrammer pr. land, som illustrerer sagsøgernes rabatordningers markedsafskærmende virkning.

267 Det skal i den forbindelse bemærkes, at den udelukkelsesmekanisme, som rabatordningerne med tilbagevirkende kraft udgør, ikke kræver, at den dominerende virksomhed giver afkald på overskud, eftersom omkostningerne til rabatten er fordelt på et stort antal enheder. Ved tildelingen af en rabat med tilbagevirkende kraft kan den gennemsnitlige pris, den dominerende virksomhed opnår, meget vel være væsentligt højere end omkostningerne og skabe en stor gennemsnitlig fortjenstmargen. Imidlertid medfører rabatordningen med tilbagevirkende kraft, at den faktiske pris for kunderne for de sidste enheder er meget lav som følge af den afsmittende virkning.

268 I lyset af disse bemærkninger skal det fastslås, at den omstændighed, at nogle diagrammer indeholder fejl, ikke i sig selv kan svække konklusionerne om, at sagsøgernes rabatordninger er konkurrencebegrænsende. Sagsøgernes klagepunkt er således ugrundet.

269 Hvad angår sagsøgernes argument om, at konkurrenternes handlinger ikke blev begrænset til et lille antal enheder til hver kunde, skal det fastslås, at det er forbundet med en stærk dominerende stilling som den, sagsøgerne indtog, at der for en stor del af efterspørgslen ikke er en passende erstatning til den vare, som leveres af den virksomhed, der indtager denne dominerende stilling. En leverandør i dominerende stilling er således i vidt omfang en uundgåelig handelspartner (jf. i denne retning dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 41). Det følger heraf, at det i den anfægtede beslutning under disse omstændigheder med føje er fastslået, at kunderne kun henvender sig til andre leverandører for en begrænset del af deres indkøb.

270 Af samme årsager er det vanskeligt at dele sagsøgernes argument om, at en konkurrent kan kompensere for de lavere priser, som denne er nødt til at opkræve fra en kunde for de enheder, der ligger under tærsklen, ved at sælge yderligere enheder til samme kunde (over tærsklen). Denne kundes resterende efterspørgsel er således i bedste fald begrænset, hvorved konkurrentens gennemsnitspris strukturelt forbliver lidet attraktiv.

271 Det samme gælder for påstanden om, at konkurrenterne kunne søge at kompensere for de oprindelige tab eller den lave rentabilitet, der følger af sagsøgernes praksis, ved eftersalgsservice (vedligeholdelse og reparationer). Det store antal maskiner, som sagsøgerne har installeret, giver dem således ligeledes en åbenlys fordel for reparationen og vedligeholdelsen af deres maskiner, hvorfor det ikke følger klart af sagsøgernes argumentation, hvordan konkurrenternes strukturelt svage marginaler på det primære marked kunne kompenseres med indtjeninger på eftersalgsmarkedet.

272 I betragtning af det ovenstående skal andet anbringendes tredje led forkastes og dermed andet anbringende i sin helhed.

C — *Det tedje anbringende om Kommissionens åbenbart urigtige skøn vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt aftalerne reelt fjernede konkurrencen*

1. Parternes argumenter

273 Sagsøgerne har gjort gældende, at vurderingen af de reelle virkninger er en integreret del af den anfægtede beslutnings konklusioner om udelukkelsen. Den anfægtede beslutnings dele om »påvirkningen« for hvert af de fem lande bekræfter denne omstændighed.

274 Ifølge sagsøgerne er Kommissionens beviser selvmodsigende, spekulative eller uden relevans, hvorfor de ikke giver mulighed for at fastslå, at aftalerne reelt har fjernet konkurrencen.

275 For det første har sagsøgerne gjort gældende, at deres markedsandele på hovedparten af de analyserede nationale markeder er faldet i den periode, hvor Kommissionen har hævdet, at sagsøgerne har benyttet en konkurrencebegrænsende praksis.

276 Sagsøgerne har anført, at den graf, som Kommissionen har fremlagt, bekræfter deres påstande vedrørende markedsandelen, nemlig at denne var faldet i tre af de fem berørte lande, hvilket ikke kan anses for et bevis for konkurrencebegrænsende virkning.

277 For det andet har sagsøgerne bestridt Kommissionens teori om, at deres konkurrenters stilling i alle fem lande fortsat var svag i den analyserede periode. Sagsøgerne har anført, at deres konkurrenter har erobret markedsandele i tre lande, at deres markedsandele stort set har været uændrede i Tyskland, og at de udelukkende har tabt markedsandele i Sverige.

278 For det tredje har sagsøgerne bestridt, at der er en åbenbar forbindelse mellem størrelsen af det bundne marked og deres markedsandel på alle fem nationale markeder fra 1998-2002. Ved undersøgelsen af de fem nationale markeder samlet set er der ikke beviser, der giver mulighed for at antyde, at en høj andel af det bundne marked fører til en forøgelse af sagsøgernes markedsandel. I Nederlandene og Norge, hvor den markedsandel, der var bundet af sagsøgernes praksis, var størst, er sagsøgernes

markedsandel f.eks. faldet, mens sagsøgernes markedsandel i Tyskland og Sverige, hvor den bundne markedsandel var lavere, er øget eller forblevet stabil. Udelukkende i Østrig er sagsøgernes markedsandel faldet hurtigere end i Nederlandene og Norge.

279 Sagsøgerne har endvidere anført, at der ikke er en statistisk betydelig forbindelse mellem den markedsandel, der ikke var åben for konkurrence, og deres markedsandel i de fem undersøgte lande i den analyserede periode.

280 Sagsøgerne har bemærket, at Kommissionen har lagt vægt på sin egen subjektive fortolkning af beviserne ved at afvise alle objektive kriterier. Kommissionen gjorde gældende, at variablerne er »forbundne«, men afviste alle forsøg på at underkaste dens konstatering en objektiv og statistisk holdbar test. Endvidere har Kommissionen ikke fremlagt beviser til støtte for sin påstand om, at sagsøgernes statistiske analyse kunne være manipuleret.

281 For det fjerde har sagsøgerne bestridt Kommissionens teori om, at deres priser ikke var faldet, og gjort gældende, at Kommissionen skulle have undersøgt de effektive nettopriser efter rabatterne og ikke katalogpriserne.

282 Sagsøgerne har fremhævet den omstændighed, at en rigtig analyse af oplysningerne, som der er foretaget i stævningen, viser, at priserne er faldet i tre af fem lande.

283 For det femte har sagsøgerne anført, at tre konkurrenters afgang fra markedet ikke beviser, at der er en konkurrencebegrænsende virkning. For det første gik Prokent netop fallit, da sagsøgernes angiveligt konkurrencebegrænsende praksis var ophørt. for det andet modsiger sagsøgernes erhvervelse af Halton og Eleiko Kommissionens negative teori, fordi sagsøgerne, såfremt det er rigtigt, at de havde evne til at tilskynde

og udelukke deres konkurrenter, ikke havde haft behov for at erhverve disse to selskaber for at udelukke dem fra markedet.

284 Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at selv hvis visse af de omstændigheder, Kommissionen har påberåbt sig, var rigtige, beviser de ikke nødvendigvis, at sagsøgernes handelspriser havde konkurrencebegrænsende virkning. For det første kan den oprindelige operatørs markedsandel og dens konkurrenters stilling på markedet forblive stabil over tid af fuldt ud lovlige årsager. For det andet har Kommissionen modsagt sig selv hvad angår sagsøgernes priser og deres udvikling over tid, idet den har kvalificeret deres prisfastsættelsespolitik som aggressiv, og idet den samtidig har beskyldt dem for at opretholde høje priser. For det tredje beviser en eller flere konkurrenters afgang fra markedet ikke en konkurrencebegrænsende virkning, men kan blot være resultatet af en normal konkurrencemæssig proces.

285 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

2. Rettens bemærkninger

286 Det skal bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at såfremt visse dele af begrundelsen for en beslutning i sig selv i tilstrækkelig grad begrunder denne, er det under alle omstændigheder uden betydning for beslutningens konklusion, at andre dele af begrundelsen måtte være behæftet med fejl (jf. analogt Domstolens dom af 12.7.2001, forenede sager C-302/99 P og C-308/99 P, Kommissionen og Frankrig mod TF1, Sml. I, s. 5603, præmis 26-29).

287 I 285. og 332. betragtning til den anfægtede beslutning er det klart anført, at beslutningen, selv om det i henhold til fast retspraksis for at godtgøre en overtrædelse af artikel 82 EF er tilstrækkeligt at bevise, at sagsøgernes praksis tilsigtede at begrænse konkurrencen, eller at deres adfærd kunne have en sådan virkning, har suppleret sin analyse i denne sag med en undersøgelse af de sandsynlige virkninger af sagsøgernes praksis på markedet for returautomater.

288 Det er således klart, at Kommissionen ikke har forsøgt at støtte sin konstatering af en overtrædelse af artikel 82 EF på denne undersøgelse af den reelle virkning af sagsøgernes praksis på hvert af de undersøgte nationale markeder, men at den blot har suppleret sin konstatering af en overtrædelse med en kort undersøgelse af denne praksis sandsynlige virkninger.

289 Det skal endvidere fastslås, at det til fastlæggelse af, om artikel 82 EF 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 hensigt at begrænse konkurrencen, eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning (Michelin II-dommen, præmis 239, og dommen i sagen British Airways mod Kommissionen, præmis 293).

290 I betragtning af det ovenstående skal det tredje anbringende således forkastes som ugrundet, uden at det er nødvendigt at undersøge, om de beviser, Kommissionen har fremlagt, giver mulighed for at fastslå, at de på gældende aftaler rent faktisk havde ophævet konkurrencen. Selv hvis Kommissionen, som sagsøgerne har gjort gældende, havde anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at disse aftaler rent faktisk fjernede konkurrencen, ville den anfægtede beslutnings lovlighed således ikke blive påvirket heraf.

D — *Det femte anbringende om Kommissionens åbenbare fejl ved konstateringen af, at de ikke-bindende mængdeforpligtelser kan være i strid med artikel 82 EF*

1. Parternes argumenter

291 Sagsøgerne har under henvisning til det første anbringende anført, at størstedelen af de 18 aftaler, som er nævnt i 302. betragtning til den anfægtede beslutning, og som fastsatte mængdeforpligtelser, ikke var bindende. Ifølge sagsøgerne kan en ikke-bindende individuel mængdeforpligtelse, ganske som en ikke-bindende eksklusivitetsaftale, selv om den vedrører hele eller næsten hele kundens behov, ikke udelukke konkurrencen. Såfremt en kunde ikke er retligt forpligtet til at overholde en forpligtelse om at købe en bestemt mængde af en leverandør, kan han til enhver tid frit acceptere de bedste tilbud fra konkurrerende leverandører. En ikke-bindende individuel mængdeforpligtelse er ikke andet end et skøn.

292 Sagsøgerne har gjort gældende, at der i fællesskabsretten ikke er hjemmel til at forbyde en kunde at give sine leverandører et skøn over hele eller næsten hele sit behov over en bestemt periode, selv hvis en af leverandørerne indtager en dominerende stilling. Såfremt det forholder sig således, kan disse 18 aftaler ikke skabe konkurrencebegrænsende virkninger og kan følgelig ikke påberåbes i den anfægtede beslutning. Hvis man udelukker 18 af de 49 aftaler, den anfægtede beslutning er støttet på, undermineres beslutningens begrundelse på afgørende vis, hvilket ifølge sagsøgerne skal føre til, at den anfægtede beslutning annulleres i sin helhed.

293 Sagsøgerne har tilføjet, at et stort antal aftaler i modsætning til, hvad der er anført i svarskriftet, ikke binder prisen til købsmængden, men anvender en enhedspris for hver bestilt maskine (Lidl, COOP osv.).

294 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

2. Rettens bemærkninger

295 Det skal bemærkes, at som det er anført i præmis 208 og 209 ovenfor, følger det af fast retspraksis, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som — også efter anmodning fra disse — binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos denne virksomhed, misbruger sin dominerende stilling som nævnt i artikel 82 EF, uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse. Det samme gælder, når virksomheden, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den dominerende virksomhed (dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 89).

296 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 (dommen i sagen Hoffmann-Laroche mod Kommissionen, præmis 90).

297 I denne sag har Kommissionen i den anfægtede beslutning i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, med rette ikke blot undersøgt de individuelle mængdeforpligtelser rent formelt ud fra et retligt synspunkt, men ligeledes under hensyn til den konkrete økonomiske sammenhæng, de pågældende aftaler indgik i. Kommissionen har på denne baggrund i den anfægtede beslutning fastslået, at de pågældende aftaler kunne udelukke konkurrenterne.

298 Individuelle 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 82 EF, selv om det anerkendes, at de ikke binder køberen ved en formel forpligtelse (jf. i denne retning dommen i sagen Van den Bergh Foods mod Kommissionen, præmis 84 og 160).

299 Selv om flere eksempler bekræfter, at sagsøgerne vedrørende mængdeforpligtelserne og rabatterne tillod en vis fleksibilitet hvad angår den præcise overholdelse af forfaldstiden og målene, mindsker denne fleksibilitet, der endvidere blev anvendt på

aftaler, som sagsøgerne har indrømmet var »bindende«, på ingen måde den udelukkelse, der blev forvoldt af denne praksis. Kommissionen har tværtimod med føje i den anfægtede beslutning anført, at den præcise købsmængde var af mindre betydning for sagsøgerne end kundens loyalitet. Denne fleksibilitet bidrog således til at opretholde incitamentet til at købe returautomater af sagsøgerne, selv for kunder, der ellers ikke ville nå den krævede tærskel (jf. 312. betragtning til den anfægtede beslutning).

300 Det skal endvidere bemærkes, at langt størstedelen af de mængdeforpligtelser, som sagsøgerne har betegnet som ikke-bindende, er aftaler, hvori de har gjort prisen og forretningsbetingelserne afhængig af kundens køb af en bestemt mængde. Disse aftaler indeholdt generelt en rabat, der var udtrykkeligt underordnet opfyldelsen af målet. Kunden var ikke retligt forpligtet til at nå målet, men skulle opfylde det for at opnå eller bevare rabatten. Sådanne aftaler foreligger i denne sag, f.eks. aftalerne indgået med Axfood (2001), COOP (2000), NorgesGruppen eller Hakon Gruppen. Disse aftaler er nær ved en rabat med tilbagevirkende kraft. Risikoen for at miste rabatten med tilbagevirkende kraft tilskynder stærkt kunden til at opfylde målet. Den omstændighed, at sagsøgerne endelig kan have undladt at anmode om tilbagebetaling af rabatten, eller at kunden kan have undladt at acceptere sagsøgernes tilbud, er ikke relevant. Det væsentlige er, hvad kunden forventede, da han afgav bestillingerne i overensstemmelse med betingelserne i det modtagne tilbud.

301 Det følger af ovenstående bemærkninger, at anbringendet om Kommissionens åbenbare fejl ved konstateringen af, at de ikke-bindende mængdeforpligtelser kan være i strid med artikel 82 EF, skal forkastes.

II — *Påstandene om annullation eller nedsættelse af bøden*

A — *Parternes argumenter*

302 Sagsøgerne har som led i det sjette anbringende gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling ved at fastsætte bøden til 8 % af Tomra-koncernens samlede omsætning.

303 Sagsøgerne har som svar på Kommissionens synspunkter i svarskriftet gentaget, at bøden på 24 mio. EUR, som Kommissionen havde pålagt, udgjorde 7,97 % af koncernens samlede omsætning i 2005.

304 For det første har sagsøgerne anført, at såfremt Kommissionen frit kan hæve bødeniveauet med henblik på at styrke bødernes afskrækkende virkning, skal dens politik imidlertid overholde proportionalitetskravene, hvorefter bøder, der straffer overtrædelser, der kvalificeres som »meget grove«, skal have en større afskrækkende virkning end bøder, som straffer overtrædelser, der er kvalificeret som »grove«. Denne logik er anerkendt i retningslinjerne for bødeberegning, som foreskriver, at grove overtrædelser straffes med en grundbøde på 1 til 20 mio. EUR, og meget grove overtrædelser straffes med en bøde på over 20 mio. EUR.

305 Ifølge sagsøgerne fulgte Kommissionen denne tankegang, da den pålagde Microsoft en bøde for meget grove overtrædelser. Sagsøgerne har for at sammenligne gjort gældende, at Microsofts bøde alene udgjorde 1,5 % af dennes samlede omsætning, selv om overtrædelsen blev anset for meget grov. Sagsøgerne har erklæret, at de mener, at dette fører til den ulogiske konklusion, at det er vigtigere for Kommissionen at skabe en afskrækkende virkning i forhold til sagsøgerne, dvs. en gruppe selskaber, der har en omsætning på mindre end 300 mio. EUR, og for en grov overtrædelse, end det var at afskrække Microsoft, en af de fem største virksomheder i verden, hvis omsætning i 2003 oversteg 30 mia. EUR, og for en meget grov overtrædelse. Kommissionen har endvidere pålagt AstraZeneca en bøde for to grove overtrædelser, som blot udgjorde 3 % af dennes samlede omsætning, efter at der var taget hensyn til, at det var nødvendigt at pålægge en bøde, som havde en afskrækkende virkning, der var proportionel med de relevante fordele.

306 Sagsøgerne har anført, at Domstolen har anerkendt, at enhver betydelig ændring i Kommissionens tilgang kræver en detaljeret forklaring. Kommissionen har i den anfægtede beslutning imidlertid ikke præciseret, hvorfor Tomra-koncernen, som var en virksomhed, der end ikke var blandt de 50 største i Norge, blev pålagt en bøde, der svarede til »den højeste procentdel af den samlede omsætning for en virksomhed, som pålægges en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne«.

307 Sagsøgerne har i det væsentlige gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke indeholder en detaljeret forklaring, der giver mulighed for at underbygge denne betydelige ændring i Kommissionens tilgang vedrørende bøder.

308 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at bødeniveauet er uforholdsmæssigt, når der tages hensyn til den begrænsede omsætning, de har opnået på de pågældende

geografiske markeder. Sagsøgerne har anført, at mindre end 25 % af deres omsætning skabes i Tyskland, Nederlandene, Østrig, Sverige og Norge og mindre end 34 % inden for EØS som helhed. Ifølge sagsøgerne har Domstolen accepteret, at proportionalitetsprincippet kan være tilsidesat, såfremt Kommissionen ser bort fra forbindelsen mellem den samlede omsætning og den omsætning, »der udgøres af de varer, som vedrører overtrædelsen«. Kommissionen kunne følgelig ikke blot tage hensyn til den omstændighed, at overtrædelserne ikke var fortsat i den undersøgte periode på alle de berørte nationale markeder.

309 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter.

B — *Rettens bedømmelse*

310 Hvad angår sagsøgernes argument om, at der er sket en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, idet Kommissionen har fastsat bøden til 8 % af sagsøgernes samlede omsætning, skal det først bemærkes, at Kommissionen som led i fastsættelsen af bøden ikke må tilsidesætte ligebehandlingsprincippet, som er et almindeligt fællesskabsretligt princip, som i henhold til fast retspraksis kun er tilsidesat, såfremt ensartede situationer behandles forskelligt, eller forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-220/00, Cheil Jedang mod Kommissionen, Sml. II, s. 2473, præmis 104).

311 Det skal i denne forbindelse imidlertid understreges, at Kommissionens tidligere beslutningspraksis ikke i sig selv tjener som retlig ramme for bøder i konkurrencesager.

Den omstændighed, at Kommissionen tidligere har pålagt bøder af en bestemt størrelsesorden i tilfælde af visse typer overtrædelser, kan ikke berøve den muligheden for at forhøje dette niveau inden for de rammer, der er angivet i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1), hvis det er nødvendigt for at gennemføre Fællesskabets konkurrencepolitik (jf. analogt Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 109).

312 Det skal tilføjes, at overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (Domstolens dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33). De relevante omstændigheder, som f.eks. de pågældende markeder, produkter, lande, virksomheder og perioder, er imidlertid forskellige for hver sag. Det følger heraf, at Kommissionen ikke kan være forpligtet til at pålægge virksomhederne bøder, hvis beløb svarer til den samme procentdel af deres respektive omsætning i alle sager, der er sammenlignelige med hensyn til grovheden (jf. i den retning Rettens dom af 13.1.2004, sag T-67/01, JCB Service mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 187-189).

313 Eftersom bøderne udgør et instrument i Kommissionens konkurrencepolitik, bør denne derfor have et vist skøn ved udmålingen af bøderne, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne (Rettens dom af 11.12.1996, sag T-49/95, Van Megen Sports mod Kommissionen, Sml. II, s. 1799, præmis 53).

314 I denne sag skal sagsøgernes argument om sammenligningen af den bøde, de blev pålagt, og de bøder, Kommissionen har pålagt ved andre beslutninger, således straks forkastes, eftersom Kommissionens beslutningspraksis, som det netop er nævnt, ikke

i sig selv kan tjene som retlig ramme for bøder på konkurrenceområdet. Kommissionen er således ikke forpligtet til at fastsætte bøderne proportionelt med omsætningen og i perfekt overensstemmelse med de bøder, der er fastsat i andre sager.

315 Hvad angår sagsøgernes argument om, at den anfægtede beslutning markerer en ændring i politikken, som krævede konkrete forklaringer, kan det heller ikke tages til følge. Kommissionen har nemlig ved fastsættelsen af den anfægtede bøde levet op til de forpligtelser, der påhviler den i henhold til forordning nr. 1/2003 og sine egne retningslinjer for bødeberegning, hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt. Det bødeniveau, Kommissionen har fastsat, udgør således ikke en ændring i dens politik vedrørende bøder, men tværtimod en klassisk anvendelse af denne politik.

316 Hvad angår bødens påståede uforholdsmæssige karakter som følge af sagsøgernes respektive begrænsede omsætning på de berørte geografiske markeder skal det bemærkes, at Kommissionen, med forbehold af overholdelsen af den øvre grænse, der fastsættes i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, og som vedrører den samlede omsætning (jf. analogt dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 119), kan tage hensyn til den pågældende virksomheds omsætning med henblik på bedømmelsen af overtrædelsens grovhed, når bødens størrelse fastsættes, men at denne omsætning ikke må tillægges en uforholdsmæssig betydning i forhold til de andre elementer i vurderingen (Domstolens 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 257).

317 I denne sag har Kommissionen anvendt den beregningsmetode, som er fastsat i retningslinjerne, og som bestemmer, at der skal tages hensyn til et stort antal forhold ved vurderingen af overtrædelsens grovhed for at fastsætte bødens størrelse, herunder navnlig overtrædelsens karakter, dens konkrete virkning, når den kan måles, det

berørte markeds geografiske udstrækning og bødens nødvendige afskrækkende rækkevidde. Selv om retningslinjerne ikke bestemmer, at bødebeløbene skal beregnes på grundlag af den samlede omsætning eller den relevante omsætning, er de ikke til hinder for, at sådanne omsætningstal tages i betragtning ved fastsættelsen af bødens størrelse med henblik på at overholde fællesskabsrettens almindelige principper, og når omstændighederne gør det påkrævet (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 258 og 260).

318 Det følger heraf, at det, såfremt det ikke kan afvises, at omsætningen, der hidrører fra de pågældende varer, kan udgøre et egnet grundlag for at vurdere skaderne på konkurrencen på markedet for nævnte varer inden for EØS, ikke desto mindre følger heraf, at dette forhold ikke er det eneste kriterium, som Kommissionen i denne sag skal lægge og rent faktisk har lagt til grund ved vurderingen af overtrædelsens grovhed.

319 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, ville det følgelig give dette forhold for stor betydning, hvis vurderingen af, om den af Kommissionen fastsatte bøde var forholdsmæssig, blev begrænset til en sammenligning af dette beløb og omsætningen fra de pågældende varer. Overtrædelsens karakter, dens konkrete virkning, når den kan måles, det berørte markeds geografiske udstrækning og bødens nødvendige afskrækkende rækkevidde er dog forhold, som Kommissionen har taget hensyn til i denne sag, og som på tilstrækkelig vis kan begrunde bødens størrelse.

320 Det skal under alle omstændigheder fastslås, at som Kommissionen med føje har gjort gældende, udgør den omsætning, som er opnået på de pågældende markeder ved sagsøgernes overtrædelse, en relativt betydelig del af deres samlede omsætning, nemlig 25 %. Det kan således ikke gøres gældende, at sagsøgerne kun har opnået en lille del af deres samlede omsætning på de pågældende markeder.

321 Det følger heraf, at anbringendet om uforholdsmæssig og/eller diskriminerende behandling, som sagsøgerne har været udsat for, i forhold til Kommissionens beslutningspraksis og den opnåede omsætning på de pågældende markeder, skal forkastes, og dermed skal Kommissionen ligeledes frifindes for påstanden om annullation eller nedsættelse af bøden.

322 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen skal frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

323 Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør det i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom pålægges sagsøgerne ud over at bære deres egne omkostninger også at betale Kommissionens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) **Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS, Tomra Systems GmbH, Tomra Systems BV, Tomra Leergutsysteme GmbH, Tomra Systems AB og Tomra Butikksystemer AS bærer deres egne omkostninger og betaler Kommissionens omkostninger.**

Vilaras Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. september 2010.

Underskrifter

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder ..... II - 4372

Den anfægtede beslutning ..... II - 4374

I — Det pågældende marked ..... II - 4374

II — Dominerende stilling ..... II - 4375

III — Misbrug ..... II - 4375

IV — Bøden ..... II - 4379

Retsforhandlingerne for Retten og parternes påstande ..... II - 4382

Retlige bemærkninger ..... II - 4383

I — Påstandene om annullation af den anfægtede beslutning ..... II - 4384

A — Det første anbringende om anvendelsen af åbenbart urigtige og upålidelige beviser for at fastslå, at der forelå en udelukkelsesstrategi, og for at godtgøre tilstedeværelsen og indholdet af visse aftaler mellem sagsøgerne og deres kunder ..... II - 4384

1. Første led om manglende troværdige beviser for at godtgøre, at der forelå en udelukkelsesstrategi ..... II - 4384

a) Parternes argumenter ..... II - 4384

b) Rettens bemærkninger ..... II - 4386

2. Andet led om anvendelsen af urigtige og lidet troværdige beviser for at godtgøre eksistensen og indholdet af visse aftaler mellem sagsøgerne og deres kunder ..... II - 4389

a) Eksklusivitetsaftalerne før 1998 ..... II - 4390

Parternes argumenter ..... II - 4390

Rettens bemærkninger ..... II - 4391

b) Aftalerne, der udpeger sagsøgerne som »foretrukne leverandører, hovedleverandører eller første leverandører« ..... II - 4392

Parternes argumenter ..... II - 4392

Rettens bemærkninger ..... II - 4394

c) De individuelle mængdeforpligtelser og de individuelle rabatordninger med tilbagevirkende kraft ..... II - 4397

Parternes argumenter ..... II - 4397

Rettens bemærkninger ..... II - 4399

d) Vurderingen af visse aftaler indgået i Tyskland, Nederlandene, Sverige og Norge ..... II - 4402

Tyskland ..... II - 4403

— Edeka Bayern-Sachsen-Thüringen (1998-1999) ..... II - 4403

— Edeka Handelsgesellschaft Hessenring (1999) ..... II - 4405

— Edeka Baden-Würtemberg (2000) ..... II - 4406

— COOP Schleswig-Holstein (2000) ..... II - 4407

— Netto ..... II - 4407

— Rewe Wiesloch og Rewe-Hungen (1997) ..... II - 4408

— Rewe Hungen (2000) ..... II - 4409

Nederlandene ..... II - 4409

— Albert Heijn (1998-2000) ..... II - 4410

— Royal Ahold (2000-2002) ..... II - 4411

— Lidl (1999-2000) ..... II - 4413

— Superunie (2001) ..... II - 4415

Sverige ..... II - 4415

— ICA Handlares (Sverige) og Hakon Gruppen (Norge) (2000-2002) ..... II - 4416

— Rimi Svenska (2000) ..... II - 4417

— Spar, Willys og KB Exonen (Axfood-koncernen) (2000) ..... II - 4418

— Axfood (2001) ..... II - 4419

— Axfood (2003-2004) ..... II - 4420

Norge ..... II - 4420

— Køff Hedmark og Rema 1000 (1996), AKA/Spar Norge (1997) ..... II - 4421

— NorgesGruppen, Hakon Gruppen, NKL (COOP) og Rema 1000 (1999-2000) ..... II - 4421

— NorgenGruppen (2000-2001) ..... II - 4424

— NKL (COOP) og Rema 1000 (2000-2001) ..... II - 4425

B — Det andet og det fjerde anbringende om et åbenbart urigtigt skøn vedrørende spørgsmålet, om aftalerne kunne udelukke konkurrencen, og begrundelsesmangel ..... II - 4427

1. Sagsøgernes aftalers påståede ulovlighed i sig selv og den manglende forklaring af den test eller de kriterier, Kommissionen har anvendt for at vurdere, om disse aftaler kunne begrænse eller udelukke konkurrencen ..... II - 4428

a) Parternes argumenter ..... II - 4428

b) Rettens bemærkninger ..... II - 4429

2. Sagsøgernes praksis »utilstrækkelige dækning« af den samlede efterspørgsel på returautomater ..... II - 4437

a) Parternes argumenter ..... II - 4437

b) Rettens bemærkninger ..... II - 4439

3. De angiveligt urigtige og vildledende beviser og teorier, som er blevet anvendt for at vurdere evnen til at udelukke konkurrencen ved rabatter med tilbagevirkende kraft ..... II - 4442

a) Parternes argumenter ..... II - 4442

b) Rettens bemærkninger ..... II - 4444

C — Det tredje anbringende om Kommissionens åbenbart urigtige skøn vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt aftalerne reelt fjernede konkurrencen ..... II - 4448

1. Parternes argumenter ..... II - 4448

2. Rettens bemærkninger ..... II - 4451

D — Det femte anbringende om Kommissionens åbenbare fejl ved konstateringen af, at de ikke-bindende mængdeforpligtelser kan være i strid med artikel 82 EF ..... II - 4453

1. Parternes argumenter ..... II - 4453

2. Rettens bemærkninger ..... II - 4454

II — Påstandene om annullation eller nedsættelse af bøden ..... II - 4457

A — Parternes argumenter ..... II - 4457

B — Rettens bedømmelse ..... II - 4459

Sagens omkostninger ..... II - 4463