FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 13. november 1997 *

1. Selskabet Langnese-Iglo GmbH (herefter »Langnese-Iglo«) har iværksat appel til prøvelse af den dom, som Retten i Første Instans afsagde den 8. juni 1995 i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen [1] (herefter »den anfægtede dom«). Retten frifandt i denne dom Kommissionen i det annullationssøgsmål, som Langnese-Iglo havde anlagt til prøvelse af beslutning 93/406/EØF [2] (herefter »den omtvistede beslutning«), hvori Kommissionen havde fastslået, at de eksklusive købsaftaler vedrørende konsumis, som Langnese-Iglo havde indgået med sine forhandlere i detailhandelen i Tyskland, var uforenelig med EF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

2. Retten har i den anfægtede doms præmis 1-6 gennemgået de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for nærværende sag.

3. Den tyske virksomhed, Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (herefter »Schöller«), anmeldte den 7. maj 1985 en standardkontrakt om leveringsaftale til Kommissionen. Kontrakten regulerede virksomhedens forhold til forhandlere i detailhandelen. Den 20. september 1985 sendte Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence Schöller's advokat en administrativ skrivelse om henlæggelse, hvori det hedder:

»De har den 2. maj 1985 på vegne af selskabet Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 anmodet om en negativattest for en 'aftale om levering af is'.

For at være på den sikre side har De tillige anmeldt kontrakten i overensstemmelse med artikel 4 i nævnte forordning. De har senere, ved skrivelse af 25. juni 1985, fremsendt en standardkontrakt, som skal danne grundlag for de aftaler, Schöller vil indgå fremover.

Ved skrivelse af 23. august 1985 har De oplyst, at kundens eksklusive købspligt i henhold til den anmeldte standardkontrakt, som er forbundet med et konkurrence-

* Originalsprog: spansk.

1 — Sag T-7/93, Sml. II, s. 1533.

2 — Kommissionens beslutning af 23.12.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Langnese-Iglo GmbH (sag IV/34.072) (EFT 1993 L 183, s. 19).

forbud, kan opsiges for første gang med seks måneders varsel til udgangen af det andet år af kontraktperioden, og derefter med samme varsel til udgangen af hvert kalenderår.

Ud fra de oplysninger, Kommissionen råder over, og som i det væsentlige hviler på redegørelsen i Deres begæring, vil de fremtidige kontrakters faste løbetid højst være to år. Den gennemsnitlige løbetid for alle Deres klients leveringsaftaler vil således ligge langt under de fem år, som i henhold til Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 [3] (EFT L 173 af 30.6.1983, s. 5) kræves, for at de eksklusive købsaftaler kan være omfattet af gruppefritagelsen.

Det står på den baggrund fast, at de af Schöller indgåede leveringsaftaler, selv under hensyntagen til antallet af lignende aftaler, navnlig ikke medfører, at konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer udelukkes. Andre virksomheder har fortsat adgang til detailhandelen.

Schöller's anmeldte leveringsaftaler er således forenelige med konkurrencereglerne i EØF-traktaten. Kommissionen finder derfor ikke anledning til at skride ind over for de af Deres klient anmeldte kontrakter.

Kommissionen forbeholder sig ret til at genoptage proceduren, såfremt det retlige eller det faktiske grundlag for den anlagte vurdering ændres væsentligt.

De kan i øvrigt meddele Deres klient, at de allerede indgåede leveringsaftaler vurderes på samme måde, og at det derfor ikke er nødvendigt at anmelde disse, såfremt aftalernes faste løbetid efter den 31. december 1986 højst er to år, og de derefter kan opsiges med højst seks måneders varsel til udgangen af hvert kalenderår.

...«

4. Den 18. september 1991 indgav Mars GmbH (herefter »Mars«) en klage til Kommissionen over sagsøgeren og Schöller under påberåbelse af en overtrædelse af traktatens artikel 85 og 86, idet selskabet samtidig begærede iværksættelse af foreløbige forholdsregler med henblik på at forhindre det alvorlige og uoprettelige tab, som ifølge selskabet opstod ved, at salget i Tyskland af dets konsumisprodukter var væsentligt skadet på grund af de aftaler, sagsøgeren og

3 — Forordning om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på grupper af eksklusive købsaftaler (EFT L 173, s. 5).

Schöller i strid med konkurrencereglerne havde indgået med et stort antal detailhandlere.

5. Ved beslutning af 25. marts 1992 traf Kommissionen foreløbige forholdsregler [4], og afgjorde sagen, idet den traf to næsten enslydende beslutninger, nemlig beslutning 93/406 rettet til Langnese-Iglo og beslutning 93/405/EØF rettet til Schöller [5].

6. Konklusionen i beslutning 93/406 lyder således:

»Artikel 1

De af Langnese-Iglo GmbH indgåede aftaler, hvorefter detailhandlere med forretningssted i Tyskland er forpligtede til med henblik på videresalg udelukkende at købe småis fra nævnte virksomhed (salgsstedseksklusivitet), er i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Artikel 2

I det omfang, de i artikel 1 nævnte aftaler opfylder betingelserne for gruppefritagelse i henhold til forordning (EØF) nr. 1984/83, bortfalder fordelen ved anvendelsen af samme forordning.

Artikel 3

Det pålægges Langnese-Iglo GmbH senest tre måneder efter meddelelsen af nærværende beslutning at oplyse de videreforhandlere, med hvem virksomheden har indgået stadig gældende aftaler af den i artikel 1 nævnte karakter, om ordlyden i artikel 1 og 2 under henvisning til, at aftalerne ikke har retsvirkning.

Artikel 4

Det forbydes Langnese-Iglo GmbH at indgå aftaler af den i artikel 1 omhandlede karakter indtil den 31. december 1997.

...«

4 — Kommissionens beslutning om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (sag IV/34.072 — Mars mod Langnese og Schöller — foreløbige forholdsregler).

5 — Kommissionens beslutning af 23.12.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Scholler Lebensmittel GmbH & Co. KG (sag IV/31.533 og IV/34.072) (EFT 1993 L 183, s. 1).

7. Såvel Langnese-Iglo som Schöller anfægtede beslutning 93/406 og beslutning 93/405 ved at anlægge to søgsmål med henblik på annullation af beslutningerne ved Retten i Første Instans. Selskabet Mars intervenerede i de to sager til støtte for Kommissionens påstande. I sagen Schöller mod Kommissionen [6] tog Retten alene anbringendet om ulovligheden af artikel 4 i beslutning 93/405 til følge. Retten annullerede denne bestemmelse, men frifandt i øvrigt Kommissionen. Schöller har ikke iværksat appel til prøvelse af denne dom, som er blevet retskraftig. I sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen frifandt Retten ligeledes Kommissionen og tog alene anbringendet om ulovligheden af artikel 4 i den anfægtede beslutning til følge. Retten annullerede følgelig denne bestemmelse.

8. Langnese-Iglo har ved appelskrift, indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. august 1995, iværksat nærværende appel til prøvelse af ovenstående dom, hvorved Langnese-Iglo kun fik delvis medhold. Langnese-Iglo har nedlagt påstand om annullation af de domspræmisser, hvorved Retten ikke tog dets påstande til følge, samt annullation af den omtvistede beslutnings artikel 1, 2 og 3.

9. Under henvisning til artikel 93, stk. 3, andet afsnit, og artikel 118 i procesreglementet, har Langnese-Iglo fremsat begæring om, at visse oplysninger i dets appelskrift indrømmes fortrolig behandling. Domstolens præsident har taget begæringen til følge ved kendelse af 20. marts 1996. Jeg skal også overholde denne fortrolige behandling i mit forslag til afgørelse.

10. Kommissionen har i sit svarskrift, hvis påstande støttes af selskabet Mars, som allerede intervenerede i sagen for Retten, nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og har indgivet kontraappel [7], og har her nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den anfægtede dom, for så vidt Retten heri havde annulleret den omtvistede beslutnings artikel 4.

Appellen

11. Langnese-Iglo har til støtte for sin appel fremsat tre anbringender:

— tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

6 — Dom af 8.6.1995, sag T-9/93, Sml. II, s. 1611.

7 — Fodnote uden genstand i den danske udgave.

— tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1

— tilsidesættelse af princippet om proportionalitet og om ligebehandling.

12. Kommissionen har, støttet af Mars, gjort gældende, at de af Langnese-Iglo fremførte anbringender er uden grundlag.

A — *Tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning*

13. Langnese-Iglo har gjort gældende, at Retten, da den i den anfægtede dom fastslog, at Kommissionen kunne fravige den opfattelse, den havde indtaget i dens administrative skrivelse til Schöller i 1985 og træffe den omtvistede den omtvistede beslutning, hvorved den fastslog, at nettet af eksklusive købsaftaler, som Langnese-Iglo havde indgået med sine detailforhandlere, ikke var foreneligt med traktatens artikel 85, stk. 1, havde foretaget en fejlagtig anvendelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. I henhold til appellanten var princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke til hinder for, at Kommissionen, som lige havde modtaget en klage fra selskabet Mars, på ny vurderede de faktiske og retlige omstændigheder, som rådede på det tyske marked for konsumis. Derimod kunne Kommissionen ifølge appellanten ikke i henhold til dette princip fravige den holdning, den havde indtaget i dens henlæggelsesskrivelse og forbyde Langnese-Iglo's eksklusive købsaftaler uden at godtgøre, at der var sket en mærkbar ændring af de faktiske og retlige omstændigheder, som karakteriserer det tyske marked for konsumis. Retten i Første Instans har ifølge Langnese-Iglo ved at stadfæste den omtvistede beslutning uden at prøve de eventuelle ændringer, som havde kunnet finde sted på det pågældende marked, tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

14. Appellanten har til støtte for dette anbringende alene forsøgt at gendrive de argumenter, som Retten støttede sig på ved sin konstatering af, at den omtvistede beslutning ikke stred mod princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

Først anfægter Langnese-Iglo den anfægtede doms præmis 39 og foreholder Retten, at den uden nogen reel prøvelse har tiltrådt Kommissionens argument, hvorefter der var sket væsentlige markedsændringer, efter at Kommissionen havde udfærdiget sin administrative skrivelse om henlæggelse. To nye konkurrenter, nemlig Mars og Jacobs Suchard, var i mellemtiden trådt ind på markedet. I øvrigt havde den af Mars indgivne klage givet Kommissionen mulighed for at få

kendskab til disse yderligere hindringer, som blokerede adgangen til markedet, hovedsagelig inden for levnedsmiddelhandelen.

15. Kommissionen og Mars har udtrykt alvorlig tvivl om, hvorvidt de argumenter, som Langnese-Iglo har fremført til støtte for dette anbringende, er forenelige med de kriterier, som Domstolen har fastsat for realitetsbehandling af appelsager på konkurrenceområdet.

Appellanten har dernæst, som allerede ved Retten, anført, at Jacobs Suchard ikke drev virksomhed på det tyske konsumismarked, og at denne virksomhed udelukkende havde indgået en varemærkelicenskontrakt, som gjorde det muligt for denne at bruge varemærket »Lila Pause«. Med hensyn til Mars' indtrængen på det tyske marked var der, ifølge appellanten, ikke herved sket nogen væsentlig ændring af markedsbetingelserne på konsumismarkedet, hvorfor Retten ikke har godtgjort, at denne nye konkurrent hindrede andre virksomheders adgang til markedet, som altså var lige så åbent som i 1985, da Kommissionen udfærdigede sin administrative skrivelse.

16. Det er fast retspraksis [8], at et appelskrift præcist skal angive, hvilke elementer der anfægtes i den dom for Retten, som påstås ophævet, samt de retlige argumenter, som særligt støtter denne påstand. En appel, som alene gentager eller opregner de argumenter, som allerede er blevet fremført for Retten, herunder de argumenter, som er baseret på forhold, som denne retsinstans ikke har anerkendt, opfylder ikke denne betingelse. En appel, som har sådanne kendetegn, udgør en begæring om en fornyet gennemgang af en sag, som er anlagt ved Retten, hvilket i henhold til artikel 49 i statutten for EF-Domstolen ikke omfattes af sidstnævntes kompetence.

Appellanten har endelig kritiseret den anfægtede doms præmis 38, hvori Retten erkender, at den undersøgelse af markedsvilkårene, som Kommissionen havde foretaget inden udfærdigelsen af den administrative skrivelse, var en foreløbig undersøgelse, og havde anset dette argument for et bevis for den omtvistede beslutnings lovlighed. Appellanten har herved anført, at Kommissionen, da den påberåbte sig den foreløbige karakter af dens markedsundersøgelse for, når der foreligger nye omstændigheder, at kunne ændre den opfattelse, den havde fremført i skrivelsen om henlæggelse, havde tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

Domstolen har også fastslået, at appellen kun kan støttes på, at Retten har overtrådt visse retsregler, idet enhver bedømmelse af faktisk karakter er udelukket. Domstolen har derfor udtalt, at Rettens vurdering af de beviser, som er fremført for den, ikke er et retligt spørgsmål, som omfattes af Domstolens

8 — Jf. bl.a. kendelse af 26.4.1993, sag C-244/92 P, Kupka-Floridi mod EØS, Sml. I, s. 2041, af 26.9.1994, sag C-26/94 P, X mod Kommissionen, Sml. I, s. 4379, af 17.10.1995, sag C-62/94 P, Turner mod Kommissionen, Sml. I, s. 3177, og dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Viho mod Kommissionen, Sml. I, s. 5457, præmis 25 og 26.

kontrol i forbindelse med en appel, medmindre beviserne er urigtigt gengivet, eller det af sagens akter fremgår, at den har anlagt en fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder. Domstolen er altså ikke kompetent til at bedømme de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder, når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrder og bevisførelse er blevet overholdt. Domstolen er derimod kompetent til at efterprøve den retlige vurdering af disse faktiske omstændigheder og de retlige konsekvenser, Retten har draget deraf [9].

17. Jeg mener ikke, at Langnese-Iglo's første anbringende opfylder de kriterier, som Domstolen har fastlagt i dens praksis. Jeg finder derfor, at anbringendet ikke kan tages til følge. De argumenter, som appellanten har fremsat med henblik på at godtgøre, at Kommissionen har tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, er nemlig de samme som dem, der allerede var blevet fremført for Retten, herunder også de argumenter, appellanten støtter på forhold, som Retten ikke har anerkendt. Langnese-Iglo søger herved reelt at opnå en fornyet gennemgang af den sag, selskabet allerede har anlagt ved Retten, men angiver ikke klart den retlige fejl, som Retten kunne have begået, da den anvendte princippet om beskyttelse af den berettigede forventning på de forhold, den allerede havde anset for godtgjort.

9 — Dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 42, og af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 67, samt kendelse af 17.9.1996, sag C-19/95 P, San Marco mod Kommissionen, Sml. I, s. 4435, præmis 39 og 40.

Endvidere søger appellanten at støtte de argumenter, der er fremført til støtte for det første anbringende, på et udsagn om, at den af Retten foretagne konstatering af de faktiske forhold i den anfægtede dom, er fejlagtig. Retten fastsatte rækkevidden af de faktiske ændringer på det pågældende marked (nemlig indtrængen af nye konkurrenter og opdagelsen af yderligere hindringer for markedets adgang) ved en vurdering, som vedrørte de beviser, der var blevet forelagt den. Retten er fuldstændig kompetent til at anlægge en sådan vurdering, som ikke er underlagt Domstolens prøvelse under en appel. Desuden har appellanten ikke fremført, at de beviser, der blev forelagt for Retten, er urigtigt gengivet, og har heller ikke henvist til, at Retten har foretaget en fejlagtig vurdering ved konstateringen af de faktiske forhold, som fremgik af sagens akter.

18. Under alle omstændigheder mener jeg, at Retten med føje i den anfægtede dom har fastslået, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke var blevet tilsidesat. Der foreligger nemlig forskellige argumenter, som begrunder den af Retten trufne afgørelse.

Først var den administrative skrivelse, som Kommissionen har udfærdiget i 1985, rettet til Schöller, og den omfattede »leveringsaftaler om konsumis«, som selskabet havde anmeldt hos Kommissionen. Den eneste virksomhed, der i et sådant tilfælde kan støtte sig på princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, er den virksomhed,

som den administrative skrivelse om henlæggelsen er rettet til [10]. Disse skrivelse om henlæggelse har ingen retsvirkning over for tredjemand og er heller ikke bindende for de nationale retter [11]. Det er derfor klart, at tredjemænd, såsom Langnese-Iglo, heller ikke kan henholde sig hertil til støtte for deres krav.

19. Jeg mener derfor, at appellantens første appelanbringende må afvises fra realitetsbehandling, eller under alle omstændigheder forkastes.

B — *Tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1*

Kommissionen kan dernæst genoptage proceduren og ændre de undersøgelsesresultater, den har fremsat i dens skrivelse om henlæggelse, når den erfarer, at der foreligger nye konkurrencebegrænsninger, eller der er sket ændringer i den pågældende markedsstruktur. Kommissionen havde i øvrigt udtrykkeligt forbeholdt sig denne mulighed, idet den i den administrative skrivelse til Schöller anførte, at sagen kunne tages op til fornyet behandling, såfremt forholdene ændrede sig. Når Kommissionen ikke er bundet af den negativattest, som den har udstedt tidligere [12], og heller ikke af en afgørelse om anvendelse af artikel 85, stk. 3 [13], i tilfælde af en væsentlig ændring af det pågældende marked, kan Kommissionen så meget desto mere ændre den vurdering, den har anlagt i en administrativ skrivelse om henlæggelse.

20. Langnese-Iglo har anført, at den konklusion, som Retten nåede frem til i den anfægtede doms præmis 94-114 vedrørende de eksklusive købsaftalers virkning på konkurrencen, er uforenelig med traktatens artikel 85, stk. 1. Retten fastslog, at det kompleks af eksklusive købsaftaler, som Langnese-Iglo havde indgået med sine detailhandlere, kunne påvirke konkurrencen på markedet mærkbart, og derfor var i strid med artikel 85, stk. 1, således som Kommissionen havde fastslået i den omtvistede beslutning.

21. Appellanten har anført, at Rettens konklusion er baseret på en konstatering af forskellige forhold, som ikke fremgår af sagens akter, og beror på en fejlagtig retlig vurdering af den faktiske situation. Langnese-Iglo har først anført, at sagens akter ikke gjorde det muligt for Retten at fastslå i den anfægtede doms præmis 105, at komplekserne af eksklusive købsaftaler havde en bindingsgrad på over 30%. Ifølge Langnese-Iglo fremgår

10 — Retten har i dens dom i sagen Schöller mod Kommissionen, som i mellemtiden er blevet retskraftig, fastslået, at Kommissionen ikke havde tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ved udstedelsen af beslutning 93/405, hvori den havde anført, at det kompleks af eksklusive købsaftaler med forhandlerne i detailhandelen, som Schöller havde indgået, var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

11 — Jf. bl.a. dom af 11.12.1980, sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775, præmis 12.

12 — Rettens dom af 13.12.1990, sag T-116/89, Prodifarma m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 843, præmis 70.

13 — Artikel 8, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

det af sagens akter, at bindingsgraden var under 30%, altså under den grænse, som Kommissionen havde fundet acceptabel i dens administrative skrivelse til Schöller i 1985.

Appellanten har dernæst bestridt andre faktiske forhold, som Retten har lagt til grund vedrørende det pågældende marked i den anfægtede doms præmis 107, 108 og 109. Det drejer sig dels om en låneordning vedrørende et stort antal frysekummer, som sagsøgeren stiller til rådighed for detailhandlere på den betingelse, at detailhandlerne forpligter sig til udelukkende at benytte dem til sagsøgerens varer, og dels ydelser af rabatter som Langnese-Iglo indrømmer med henblik på at sikre en vis procentdel af salget af småis. Disse faktiske forhold, som ikke er indeholdt i sagens akter, svarer til de af Kommissionen fremførte påstande, som appellanten bestred ved Retten.

Endelig har Langnese-Iglo anført, at Retten i dommens præmis 113 fejlagtigt har fastslået, at komplekserne af de eksklusive købsaftaler, som Schöller havde oprettet, mærkbart begrænsede konkurrencen på det pågældende marked. Ifølge Langnese-Iglo indebærer en samlet bindingsgrad på lidt over 30% ikke begrænsning af adgangen til markedet og heller ikke, at markedet lukkes, så meget desto mere som markedet, nemlig det tyske marked for konsumis, er stærkt tiltagende.

22. Jeg mener heller ikke, at dette anbringende kan antages til realitetsbehandling, eftersom appellanten alene anfægter de forskellige faktiske forhold, som Retten har fastsat endeligt i den anfægtede dom efter at have vurderet de beviser, som var blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt og overholdt de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrder og bevisførelse. Domstolen kan ikke under behandlingen af en appel bedømme de faktiske omstændigheder, som Retten har foretaget under overholdelse af gældende regler.

23. Det andet anbringende må derfor afvises for realitetsbehandling.

C — *Tilsidesættelse af princippet om proportionalitet og om ligebehandling*

Proportionalitetsprincippet

24. Appellanten har anført, at Retten i den anfægtede dom ikke har anvendt proportionalitetsprincippet korrekt, idet princippet indebærer, at de af Kommissionen trufne foranstaltninger ikke må overskride grænserne for, hvad der er hensigtsmæssigt og nødven-

digt for at nå det ønskede mål [14]. Ifølge appellanten har Retten tilsidesat proportionalitetsprincippet, fordi den fastslog, at Kommissionen ved at lade den gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 1984/83, som den havde tildelt alle de eksklusive købsaftaler, bortfalde, og ved at fastslå, at disse aftaler var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, uden forudgående at have meddelt sagsøgeren, hvorledes selskabet kunne tilpasse sig bestemmelsernes krav, havde handlet med føje.

25. Retten godkendte dels Kommissionens tilbagekaldelse af gruppefritagelsen og forbuddet mod alle Langnese-Iglo's indgåede aftaler. Desuden fastslog den i den anfægtede doms præmis 207 og 208, at artikel 85, stk. 1, ikke er til hinder for, at der indgås eksklusive købsaftaler, såfremt dette ikke i væsentligt omfang bidrager til en afskærmning af markedet, og tilføjede, at Kommissionen ikke ved en individuel beslutning kan ændre eller begrænse retsvirkningerne af en generel retsakt som forordning nr. 1984/83, medmindre denne giver en udtrykkelig hjemmel hertil. Appellanten mener, at der består en klar modstrid mellem den af Retten foretagne første og anden konklusion.

26. Langnese-Iglo har anført, at Kommissionen for at nå sit mål, som var at bringe overtrædelsen af artikel 85, stk. 1, til ophør, ikke havde haft fornødent at lade gruppefritagelsens fordel bortfalde og forbyde alle selskabets eksklusive købsaftaler. Langnese-Iglo mener, at Kommissionen havde kunnet nå dette mål med mindre drastiske foranstaltninger end at forbyde hele selskabets kompleks af eksklusive købsaftaler. Kommissionen havde f.eks. kunnet nedsætte antallet af aftaler eller bindingsgraden for at bringe det på et niveau, der var foreneligt med forordning nr. 1984/83.

Retten tiltrådte ikke denne mulighed, eftersom den i den anfægtede doms præmis 129-193 fastslog, at det i det af Langnese-Iglo oprettede kompleks af aftaler, ville være vilkårligt heri at udsondre dem, som ikke mærkbart bidrog til den eventuelle samlede virkning fremkaldt af tilsvarende aftaler på markedet.

27. Som Mars og Kommissionen har fremført, er appellantens argumentation til støtte for dette anbringende præget af stor uklarhed. Appellanten henholder sig uden nærmere præcision til udsagn, som Retten har fremsat (i den anfægtede doms præmis 188-196) vedrørende eksisterende købsaftaler og til udsagn (i præmis 197-210) vedrørende forbuddet i den omtvistede beslutnings artikel 4, mod at indgå fremtidige eksklusive købsaftaler. Retten sondrer klart og tydeligt mellem dels anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på gældende aftaler, og dels virkningerne af artikel 3 i forordning nr. 17 om eksklusive købsaftaler, som Langnese-Iglo eventuelt vil

14 — Dom af 17.5.1984, sag 15/83, Denkavit Nederland, Sml. s. 2171, og RTP og ITP mod Kommissionen, a.st., præmis 93.

indgå. Rettens begrundelse indeholder derfor ingen modstrid, eftersom de af appellanten fremførte spidsfindige argumenter er forskellige derved, at de vedrører forskellige tilfælde.

28. Bortset fra denne uklarhed mener jeg, at Retten har foretaget en korrekt anvendelse af proportionalitetsprincippet, og at anbringendet om en såkaldt tilsidesættelse af dette, ikke kan tages til følge.

29. Appellanten bestrider ikke, at artikel 14 i forordning nr. 1984/83, som er udstedt i henhold til artikel 7 i forordning nr. 19/65/EØF [15], giver Kommissionen mulighed for at lade den gruppefritagelse bortfalde, den har tildelt. Appellanten bestrider heller ikke Rettens anvendelse af teorien om den kumulative virkning, som Domstolen har fastslået i dommene i Brasserie de Haecht-sagen og Delimitis-sagen [16], da Retten skulle bedømme foreneligheden af komplekset af Langnese-Iglo's eksklusive købsaftaler med artikel 85.

Appellanten finder alene, at bortfaldet af gruppefritagelsen, som selskabets aftalekompleks havde opnået, ikke kan medføre, at alle aftalerne bliver forbudte. Appellanten har anført, at der herved er tale om en uforholdsmæssig virkning, eftersom Kommissionen havde kunnet sikre overholdelsen af artikel 85 ved at indrømme individuelle fritagelser for de aftaler i komplekset, som alene i ringe grad påvirker konkurrencen, og have forbudt de øvrige.

30. Når man anvender teorien om den kumulative virkning med henblik på en samlet undersøgelse af et kompleks af eksklusive købsaftaler, er det efter min mening nødvendigt, at den sanktion, som følger heraf, også rammer alle aftalerne [17]. Kommissionen kan ikke sondre mellem de forskellige aftaler i dette kompleks, således at artikel 85, stk. 1, finder anvendelse på visse af dem, som indrømmes en individuel fritagelse. Som Retten har understreget i sin dom, vil en sondring mellem forskellige aftaletyper inden for det kompleks, som Langnese-Iglo havde oprettet, være vilkårlig. Hvis Kommissionen tager hensyn til hele komplekset af aftaler ved afgørelsen af, om artikel 85 er tilsidesat, kan Kommissionen ikke, når den skal pålægge en straf eller vedtage en eventuel individuel fritagelse, sondre mellem de forskellige typer af aftaler inden for komplekset. Såvel straffen som fritagelsen må gælde for det samlede aftalekompleks [18].

15 — Rådets forordning af 2.3.1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis (EFT 1965-1966, s. 31).

16 — Dom af 12.12.1967, sag 23/67, Brasserie de Haecht, Sml. 1965-1968, s. 421, org. ref.: Rec. s. 525, og af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935.

17 — Jf. L. Idot og C. Momège: »L'affaire des barres glacées Mars: une vague de froid sur les contrats d'exclusivité«, *La semaine juridique — édition entreprise*, tillæg nr. 6, s. 7.

18 — I dommen i sagen Brasserie de Haecht, som jeg har anført tidligere, udtalte Domstolen vedrørende eksklusive bryggeriaftaler, »at det ville være meningsløst at ramme en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis på grund af dens følger, såfremt disse skulle isoleres fra det marked, hvorpå de giver sig udslag, og kun kunne undersøges løsrevet fra den helhed af samvirkende eller modvirkende følger, som de er en del af«.

Principippet om ligebehandling

31. Appellanten har anført, at Kommissionen ved at forbyde alle dens eksklusive købsaftaler, har tilsidesat princippet om ligebehandling, som er et grundlæggende fællesskabsretligt princip. Retten har i den anfægtede doms præmis 209 fastslået, at den omtvistede beslutnings artikel 4 tilsidesætter dette princip, fordi den ikke giver sagsøgeren mulighed for at drage fordel af en gruppefritagelse efter forordning nr. 1984/83 for eksklusive købsaftaler, som selskabet fremover kunne indgå. Ifølge Langnese-Iglo indebærer forbuddet mod alle selskabets eksisterende aftaler en diskriminering over for selskabet i forhold til dets konkurrenter, eftersom disse ikke er forpligtet til at ophæve de aftaler, de har indgået med deres forhandlere.

32. Efter min mening må denne del af anbringendet forkastes af tre grunde: For det første forsøger appellanten atter at anvende den begrundelse, som Retten har anlagt vedrørende fremtidige aftaler, på eksisterende aftaler. Dernæst havde Kommissionen ved beslutning 93/405, som Retten for størstedelens vedkommende havde stadfæstet i sin dom i sagen Schöller mod Kommissionen, også forbudt alle de eksklusive købsaftaler, som Schöller havde indgået med sine detailhandlere. Endelig fastslog Retten i den anfægtede doms præmis 39, at det var ubestridt, at Mars alene tilbyder et begrænset vareudvalg og har valgt en anden salgspolitik end sine konkurrenters, Schöller og Langnese-Iglo. Jeg skal endvidere anføre, at appellanten ikke for Retten gjorde gældende, at appellantens konkurrenter anvendte samme salgspolitik som appellanten. Appellanten kan derfor ikke påberåbe sig dette nye faktiske forhold under en appel, idet appellanten herved ændrer sagens genstand, hvilket er i strid med procesreglementets artikel 113, stk. 2.

33. På grundlag af det anførte kan jeg heller ikke tiltræde dette anbringende.

Kontraappellen: tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 17

34. Kommissionen, til hvis støtte Mars har interveneret, har iværksat kontraappel med henblik på ophævelse af den anfægtede dom. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver Rettens dom, for så vidt som Retten herved annullerer den omtvistede beslutnings artikel 4. Kommissionen har anført, at Retten har begået en retlig fejl, eftersom den i dommens præmis 205 har fastslået, at artikel 3 i forordning nr. 17 »... kun giver Kommissionen kompetence til at forbyde gældende eksklusive købsaftaler, som er uforenelige med konkurrencereglerne«.

35. Ordlyden af den omtvistede beslutnings artikel 4 er som følger: »Det forbydes Langnese-Iglo at indgå aftaler af den i artikel 1 omhandlede karakter indtil den 31. december 1997.« Kommissionen anlagde ved Retten en bred fortolkning af bestemmelsen, der i henhold til Kommissionen, hindrede Langnese-Iglo i at indgå nye leveringsaftaler af samme karakter, i et tidsrum af fem år, og uanset om aftalerne er af samme karakter som dem, der udgør en del af aftalekomplekset, som var blevet erklæret uforeneligt med artikel 85, stk. 1, i den omtvistede beslutnings artikel 1. Nævnte artikel 4 hindrede sagsøgeren i at indgå nye eksklusive købsaftaler, der kunne være omfattet af gruppefritagelsen i forordning nr. 1983/84 i det tidsrum, som ifølge Kommissionen ville være nødvendigt for en ændring af det pågældende markeds struktur, og for at forbindelserne inden for markedet kunne ændres væsentligt. Kommissionen har anført, at bestemmelsen havde til formål at hindre, at sagsøgeren omgik forbuddet i den omtvistede beslutnings artikel 1 ved at oprette et nyt kompleks af eksklusive købsaftaler.

36. Retten tiltrådte ikke Kommissionens argumentation, men gav Langnese-Iglo medhold i dets påstande og annullerede artikel 4 under henvisning til, at Kommissionen herved havde overskredet den sanktionskompetence, som artikel 3 i forordning nr. 17 indrømmer den. Retten fremstiller i den anfægtede doms præmis 205-210 tre grunde, som førte til denne konklusion:

— I henhold til dommen i sagen Delimitis falder eksklusive købsaftaler, som i væsentligt omfang bidrager til den kumulative virkning af alle ensartede aftaler, under forbuddet i artikel 85, stk. 1.

— Forordning nr. 1984/83 giver ikke hjemmel til at lade fordelen ved en gruppefritagelse for fremtidige aftaler bortfalde. I henhold til princippet om retsreglers trinfølge kan Kommissionen ikke ved en individuel beslutning lade en sådan gruppefritagelse for fremtiden bortfalde.

— Det ville være i strid med ligebehandlingsprincippet at afskære en virksomhed fra fremover at indgå eksklusive købsaftaler og samtidig give konkurrerende virksomheder mulighed for fortsat at indgå sådanne aftaler.

37. Jeg mener, at den løsning, Retten har anvendt med hensyn til den omtvistede beslutnings artikel 4, som fortolket af Kommissionen ved Retten, er fuldstændig korrekt og i overensstemmelse med den praksis, som Domstolen har fastsat vedrørende rækkevidden af den sanktionskompetence, som Kommissionen råder over i konkurrencesa-

ger [19]. Kommissionen har, i de supplerende indlæg den har indgivet, erkendt, at de argumenter, som Retten støttede sig på ved dens annullation af den anfægtede artikel, som Kommissionen havde fortolket vidt, var begrundet.

38. Kommissionen har i kontraappellen udtrykkeligt frafaldet den vide fortolkning, den havde anlagt af artikel 4 ved Retten, og har under appelsagen anført, at denne bestemmelse må fortolkes snævert for at begrunde sin påstand om annullation af den anfægtede dom.

Kommissionen har anført, at artikel 4 alene har til formål at hindre Langnese-Iglo i at genoprette det samme kompleks af eksklusive købsaftaler hos sine videreforhandlere i detailhandelen, men ikke på nogen måde hindrer selskabet i at indgå nye eksklusive købsaftaler med andre detailhandlere. Forbuddet i artikel 4 er derfor en garanti for, at den omtvistede beslutnings artikel 1 og 2 overholdes, en garanti som set i sammenhæng med den, som indeholdes i artikel 3, i henhold til hvilken Langnese-Iglo pålægges at oplyse sine videreforhandlere om beslutningen og meddele dem, at aftalerne er ugyldige.

39. Udfaldet af kontraappellen må efter min mening afhænge af den fortolkning, der anlægges af den omtvistede artikel 4. Såfremt Domstolen anlægger en snæver fortolkning af bestemmelsernes rækkevidde, kan Kommissionen gives medhold i dens kontraappel og det intervenerende selskab Mars gives medhold i dets påstande. Såfremt Domstolen finder, at bestemmelsen udelukkende forbyder Langnese-Iglo at genoprette samme kompleks af eksklusive købsaftaler, som selskabet tidligere havde oprettet, finder jeg ikke, at der er noget til hinder for at fastslå, at artiklen således fortolket er forenelig med den praksis, som Domstolen har fastsat med hensyn til den kompetence, som artikel 3 i forordning nr. 17 indrømmer Kommissionen med henblik på at give denne mulighed for at bringe overtrædelser af konkurrencereglerne til ophør [20]. Et sådant forbud sikrer den omtvistede beslutnings effektive virkning, eftersom det ville være til hinder for, at den konkurrencebegrænsende praksis, som er blevet straffet, kan fortsætte, og forbuddet indebærer desuden, at Kommissionen ikke løber nogen risiko for eventuelt at skulle indlede en nye procedure om samme spørgsmål. Selv om Kommissionen kan finde det hensigtsmæssigt at optage en sådan bestemmelse i dens beslutninger, er det dog ikke efter min mening nødvendigt for at hindre, at den sanktionerede praksis fortsætter, eftersom de nationale retter i kraft af deres forpligtelse til at sikre beslutningens effektive virkning vil annullere fremtidige aftaler, som er identiske med dem, som er omfattet af beslutningens forbud.

Hvis Domstolen derimod finder, at artikel 4 forbyder Langnese-Iglo fremover at indgå

19 — Jf. bl.a. dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 45; i sagen RTP og ITP mod Kommissionen, a.st., præmis 90, og Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 50-54.

20 — Jf. M. Waelbroeck og A. Frignani: *Concurrence. Commentaire J. Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 4, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1997, s. 410, 411 og 412.

enhver form for eksklusive købsaftaler indtil den 31. december 1997, uanset om aftalerne er sammenlignelige med dem, som er blevet forbudt af den omtvistede beslutning, og uanset om de omfattes af et tilsvarende kompleks af aftaler, som tidligere blev oprettet, må kontraappellen, som Kommissionen selv har erkendt, forkastes af de samme grunde, som Retten har anført i den anfægtede dom.

40. Jeg mener, at den eneste korrekte fortolkning af rækkevidden af artikel 4 i den omtvistede beslutning er den, som Retten har anlagt i den anfægtede dom, nemlig at artiklen hindrer Langnese-Iglo i at indgå enhver form for nye eksklusive købsaftaler med videreforhandlere indtil den 31. december 1997. Dette støtter jeg på følgende forhold.

Først er denne konklusion baseret på artikel 4's ordlyd, som generelt forbyder Langnese-Iglo at indgå aftaler »af den i artikel 1 omhandlede karakter«. Modsat bestemmelser, som Kommissionen har kunnet optage i andre beslutninger, forbyder artikel 4 ikke de virksomheder, som er blevet straffet, fremover at indgå aftaler med samme eller tilsvarende indhold eller effektive virkning som de aftaler, som er forbudt i henhold til beslutningen [21]. Artikel 4 forbyder sagsøgeren at indgå enhver form for eksklusiv købskontrakt, uanset dens indhold og kendetegn og uanset den kumulative virkning, det nye kompleks af sådanne kontrakter kan have på konkurrencen inden for det pågældende marked.

Kommissionen har dernæst i den omtvistede beslutnings punkt 154 anført, at »forbuddet ville ... være uden virkning, hvis det umiddelbart skulle tillades L-I at erstatte de 'nuværende leveringsaftaler' med nye. Det må følgelig forbydes L-I at indgå sådanne nye aftaler i et tidsrum, der er tilstrækkeligt til, at markedsbetingelserne kan ændres væsentligt«. Det fremgår af den omtvistede beslutnings punkt 154, som er grundlaget for artikel 4, at bestemmelsen uden undtagelser forbyder sagsøgeren at indgå nye eksklusive købsaftaler.

Endelig mener jeg, at det er ubegrundet at slutte, at artikel 4 udelukkende forbyder Langnese-Iglo at genindføre det tidligere kompleks af eksklusive købsaftaler, idet dette ville indebære, at forbuddet finder anvendelse indtil den 31. december 1997, og at

21 — Jf. artikel 3 i Kommissionens beslutning 92/157/EØF af 17.2.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.370 og 31.446 — UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (EFT L 68, s. 19) og artikel 4 i Kommissionens beslutning 94/980/EF af 19.10.1994 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 (IV.34.446 — Trans Atlantic Agreement) EFT L 376, s. 1).

Kommissionen efter dette tidspunkt stiltiende kunne have erkendt, at en sådan genindførelse ville være forenelig med traktatens artikel 85, stk. 1, og begrundet ved en gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 1984/83.

41. Jeg finder følgelig, at Kommissionens kontraappel må forkastes.

Sagens omkostninger

42. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som finder anvendelse i henhold til artikel 118, såfremt der er flere tabende parter, træffer Domstolen afgørelse om omkostningernes fordeling. Såfremt Domstolen, som jeg har foreslået, såvel forkaster sagsøgerens fremsatte anbringender og den kontraappel, som Kommissionen, støttet af selskabet Mars, har anlagt, bør hver part derfor bære sine egne omkostninger.

Forslag til afgørelse

43. Som følge af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Appellen afvises delvis og forkastes i øvrigt.

2) Kontraappellen forkastes.