FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 13 november 1997 *

1. Detta mål avser ett överklagande från bolaget Langnese-Iglo GmbH (nedan kallat Langnese-Iglo) av förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo mot kommissionen [1] (nedan kallad den överklagade domen). I nämnda dom ogillades Langnese-Iglos talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 93/406/EEG [2] (nedan kallat det omtvistade beslutet), i vilket kommissionen fastslog att de exklusiva inköpsavtal för glass som hade ingåtts mellan Langnese-Iglo och detaljhandlarna i Tyskland utgjorde en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget.

Bakgrunden och förfarandet

2. Förstainstansrätten har redogjort för bakgrunden till den aktuella tvisten i punkt 1—6 i den överklagade domen.

3. Genom en skrivelse av den 7 maj 1985 anmälde det tyska företaget Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (nedan kallat Schöller) till kommissionen en modell för ett "leveransavtal" avsett att reglera förbindelserna med företagets detaljhandlare. Den 20 september 1985 skickade kommissionens generaldirektorat för konkurrensfrågor till Schöllers advokat ett administrativt besked om avskrivning med följande innehåll:

"Ni har den 2 maj 1985, på bolaget Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG:s vägnar, med stöd av artikel 2 i förordning nr 17 ansökt om ett icke-ingripandebesked för ett 'glassleveransavtal'.

I enlighet med artikel 4 i nämnda förordning har Ni också i förebyggande syfte anmält avtalet. Ni har senare genom en skrivelse av den 25 juni 1985 tillhandahållit ett standardavtal som skall tjäna som referens för de avtal som bolaget Schöller ingår i framtiden.

Genom en skrivelse av den 23 augusti 1985 har Ni tydligt angivit att den exklusiva inköpsskyldighet som åläggs kunden enligt det anmälda standardavtalet, och som är förenad med ett konkurrensförbud, kan

* Originalspråk: spanska.

1 — Mål T-7/93 (REG 1995, s. II-1533).

2 — Kommissionens beslut 93/406/EEG av den 23 december 1992 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget på Langnese-Iglo GmbH (ärende IV/34.072, EGT L 183, s. 19).

sägas upp första gången med sex månaders uppsägningstid senast i slutet av det andra avtalsåret, och därefter med samma uppsägningstid i slutet av varje år.

Det framgår av de fakta som kommissionen känner till och som huvudsakligen grundar sig på vad Ni har uppgivit i Er ansökan att löptiden för de avtal som skall ingås i framtiden inte kommer att överskrida två år. Den genomsnittliga löptiden för Er huvudmans samtliga 'glassleveransavtal' är därmed betydligt kortare än den femårsperiod som enligt kommissionens förordning nr 1984/83 av den 22 juni 1983 (EGT L 173, 1983, s. 5; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 52) [3] utgör ett villkor för undantag för grupper av exklusiva inköpsavtal.

Dessa fakta visar att även med beaktande av antalet avtal av samma slag har de 'glassleveransavtal' som har ingåtts av bolaget Schöller inte särskilt till resultat att konkurrensen begränsas för en väsentlig del av de berörda produkterna. Tredje företags tillträde till detaljhandelssektorn är fortfarande säkerställt.

De 'glassleveransavtal' som har anmälts av bolaget Schöller är följaktligen förenliga med konkurrensreglerna i EEG-fördraget. Det finns därmed inte något skäl för kommissionen att ingripa mot de avtal som har anmälts av Er huvudman.

Kommissionen förbehåller sig likväl rätten att återuppta förfarandet om vissa av de rättsliga eller faktiska omständigheter som ligger till grund för denna bedömning väsentligt skulle ändras.

För övrigt kan Er huvudman meddelas att de 'glassleveransavtal' som redan gäller har underkastats en liknande bedömning och att de därför inte behöver anmälas, om den fasta löptiden för dessa avtal efter den 31 december 1986 inte överstiger två år, och de därefter kan sägas upp med högst sex månaders uppsägningstid i slutet av varje år.

..."

4. Mars GmbH (nedan kallat Mars) ingav den 18 september 1991 till kommissionen ett klagomål mot Langnese-Iglo och Schöller om överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget, och begärde att förebyggande åtgärder skulle vidtas för att förhindra den allvarliga och oersättliga skada som enligt Mars skulle bli följden av att dess glassförsäljning avsevärt hindrades i Tyskland vid genomför-

3 — Förordning om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal (EGT L 173, s. 5; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 52).

andet av de mot konkurrensreglerna stridande avtal som Langnese-Iglo och Schöller skulle ha ingått med ett stort antal detaljhandlare.

5. Kommissionen vidtog förebyggande åtgärder genom beslut av den 25 mars 1992 [4] och avgjorde ärendet i sak genom att fatta de mycket likartade besluten 93/406, såvitt avsåg Langnese-Iglo, och 93/405/EEG, [5] såvitt avsåg Schöller.

6. I beslut 93/406 föreskrivs följande:

"Artikel 1

De avtal som har ingåtts av Langnese-Iglo GmbH, enligt vilka detaljhandlarna i Tyskland är skyldiga att för försäljning av glass i enskild förpackning endast köpa varor av det angivna företaget (skyldighet för exklusiva försäljningsställen), utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EEG-fördraget.

Artikel 2

Förordning (EEG) nr 1984/83 skall inte tillämpas på de i artikel 1 angivna avtal som uppfyller villkoren för gruppundantag enligt samma förordning.

Artikel 3

Langnese-Iglo GmbH förpliktas att inom en tidsfrist av tre månader från delgivningen av detta beslut underrätta de återförsäljare med vilka företaget har ingått sådana avtal som anges i artikel 1 om ordalydelsen i artiklarna 1 och 2, samt uppge att de berörda avtalen är ogiltiga.

Artikel 4

Langnese-Iglo GmbH förbjuds att till och med den 31 december 1997 ingå sådana avtal som anges i artikel 1.

..."

4 — Kommissionens beslut i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (ärende IV/34.072 — Mars mot Langnese och Schöller — Åtgärder i förebyggande syfte).

5 — Kommissionens beslut av den 23 december 1992 i ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget på Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (ärendena IV/31.533 och IV/34.072 — EGT L 183, 1993, s. 1).

7. Langnese-Iglo och Schöller väckte talan vid förstainstansrätten om ogiltigförklaring av beslut 93/406 respektive beslut 93/405. Företaget Mars tilläts att intervenera till stöd för kommissionens yrkanden. I domen i målet Schöller mot kommissionen [6] fastslog rätten att endast artikel 4 i det omtvistade beslutet var rättsstridig, varför den ogiltigförklarades, medan talan i övrigt lämnades utan bifall. Nämnda dom överklagades inte, och har således vunnit laga kraft. Rätten fastslog även i domen i målet Langnese-Iglo mot kommissionen att talan inte kunde vinna bifall på någon av de ogiltighetsgrunder som sökanden hade anfört, förutom den grund som avsåg artikel 4 i det omtvistade beslutet och som ledde till att nämnda artikel ogiltigförklarades.

8. Langnese-Iglo har genom skrivelse, som inkom till domstolens kansli den 18 augusti 1995, väckt talan om att domen i målet Langnese-Iglo mot kommissionen delvis skall upphävas, i den del rätten i den överklagade domen ogillade Langnese-Iglos yrkanden. Langnese-Iglo har därjämte yrkat att artikel 1—3 i det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras.

9. Langnese-Iglo yrkade, med stöd av artikel 93.3 andra stycket och artikel 118 i rättegångsreglerna, att vissa uppgifter i överklagandet skulle behandlas konfidentiellt. Domstolens ordförande biföll yrkandet genom beslut av den 20 mars 1996. Beslutet om konfidentiell behandling kommer att respekteras i detta förslag till avgörande.

10. Kommissionen, vars yrkanden stöds av Mars som intervenerade redan i målet vid förstainstansrätten, har i svarsinlagan för sin del yrkat att överklagandet skall ogillas samt inkommit med en anslutningsklagan, [7] genom vilken det yrkas att domstolen skall upphäva den överklagade domen, i den del den innebär att artikel 4 i det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.

Överklagandet

11. Langnese-Iglo har till stöd för sitt överklagande åberopat följande tre grunder:

— åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar,

6 — Dom av den 8 juni 1995 i mål T-9/93 (REG 1995, s. II-1611).

7 — Fotnot utan relevans för den svenska versionen.

— överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget, och

— åsidosättande av principerna om proportionalitet och om likabehandling.

12. Kommissionen anser, med stöd av Mars, att det saknas fog för de grunder som Langnese-Iglo har åberopat till stöd för sitt överklagande.

A — *Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar*

13. Langnese-Iglo anser att förstainstansrätten i den överklagade domen har tillämpat principen om skydd för berättigade förväntningar felaktigt, genom att anse att kommissionen kunde avvika från innehållet i det besked som skickades till Schöller år 1985 och fatta det omtvistade beslutet, vari det fastslogs att det nät av exklusiva inköpsavtal som hade ingåtts mellan Langnese-Iglo och dess detaljhandlare var oförenligt med artikel 85.1 i fördraget. Enligt klaganden utgjorde inte principen om skydd för berättigade förväntningar hinder för kommissionen, som Mars hade inlämnat ett klagomål till, att på nytt undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde på den tyska glassmarknaden. Nämnda princip utgjorde däremot hinder för kommissionen att avvika från innehållet i beskedet och att förbjuda Langnese-Iglos exklusiva inköpsavtal, utan att visa att de rättsliga eller faktiska omständigheterna på den tyska glassmarknaden väsentligt hade ändrats. Eftersom rätten bekräftade det omtvistade beslutet utan att undersöka de eventuella ändringar som hade uppkommit på den ifrågavarande marknaden har den, enligt Langnese-Iglo, åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar.

14. Till stöd för sin ståndpunkt har klaganden försökt vederlägga de argument som förstainstansrätten har grundat sig på för att fastställa att det omtvistade beslutet inte innebär att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts.

Langnese-Iglo har för det första klandrat rätten för att, i punkt 39 i den överklagade domen, utan vidare kontroll ha godtagit kommissionens argumentation att väsentliga faktiska ändringar hade uppkommit på den ifrågavarande marknaden efter det att beskedet hade utfärdats, nämligen att två nya konkurrenter, Mars och Jacobs Suchard, hade trätt in på marknaden och att kommissionen, efter det att Mars hade inlämnat klagomålet,

hade fått kännedom om ytterligare hinder för tillträdet till marknaden, i huvudsak beträffande livsmedelshandeln.

Vidare har klaganden påpekat, såsom den gjorde vid förstainstansrätten, att Jacobs Suchard inte är verksamt på den tyska glassmarknaden, eftersom detta företag endast har ingått ett licensavtal med Schöller om användning märket "Lila Pause". Vad beträffar Mars har dess tillträde till den tyska marknaden, enligt klaganden, inte medfört någon väsentlig ändring av villkoren på glassmarknaden, eftersom rätten inte har visat att Mars hindrade andra företags tillträde till nämnda marknad. Den ifrågavarande marknaden är därför alltjämt lika öppen som den var år 1985, när kommissionen utfärdade beskedet.

Klaganden har slutligen klandrat förstainstansrätten för att, i punkt 38 i den överklagade domen, som ett argument för att det omtvistade beslutet var lagenligt, ha godtagit den omständigheten att kommissionen, innan den utfärdade beskedet, bara hade gjort en provisorisk analys av marknadens villkor. Att kommissionen framhåller den provisoriska karaktären av sin analys av marknadens villkor för att kunna avvika från innehållet i beskedet, när det framkommer nya faktiska omständigheter, innebär — enligt klagandens mening — att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts.

15. Kommissionen och Mars har förklarat att de hyser allvarliga tvivel i frågan huruvida de argument som Langnese-Iglo har anfört till stöd för denna grund är förenliga med de kriterier som enligt domstolen skall föreligga för att ett överklagande på konkurrensrättens område skall kunna tas upp till sakprövning.

16. Av en fast rättspraxis följer att ett överklagande skall innehålla precisa uppgifter om vilka delar som klandras i den dom som begärs upphävd och om de rättsliga argument som åberopas till stöd härför. [8] Ett överklagande som endast innehåller upprepningar eller återgivanden av grunder och argument i den lydelse som redan framförts vid förstainstansrätten, bland dem sådana som förstainstansrätten uttryckligen inte har godtagit, uppfyller inte detta krav. Ett sådant överklagande är i själva verket endast en begäran om omprövning av den ansökan som har ingivits till förstainstansrätten, vilket enligt artikel 49 i EG-stadgan för domstolen faller utanför domstolens behörighet.

Domstolen har dessutom fastslagit att ett överklagande endast kan avse en prövning av om en rättsregel har överträtts och inte någon form av bedömning av de faktiska omständigheterna. Domstolen har i överensstämmelse med detta ansett att den bedömning som förstainstansrätten gör av den bevisning som har framlagts för den inte är

8 — Se bland annat beslut av den 26 april 1993 i mål C-244/92 P, *Kupka-Floridi mot ESK (REG 1993, s. I-2041)*, av den 26 september 1994 i mål C-26/94 P, X mot kommissionen (REG 1994, s. I-4379), och av den 17 oktober 1995 i mål C-62/94 P, Turner mot kommissionen (REG 1995, s. I-3177), samt dom av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457), punkterna 25 och 26.

en rättsfråga som omfattas av domstolens kontroll inom ramen för överklagandet, utom i de fall när denna bevisning har missuppfattats eller när det av handlingarna i målet framgår att rättens konstateranden i sak är felaktiga. Domstolen är således inte behörig att bedöma den bevisning som förstainstansrätten har godtagit för att fastställa de faktiska omständigheterna, förutsatt att bevisningen har frambringats på rätt sätt och att allmänna rättsprinciper och regler om bevisbörda och bevisvärdering har följts. Domstolen är däremot behörig att göra en kontroll av dessa faktiska omständigheters rättsliga beskaffenhet och de rättsliga slutsatser som förstainstansrätten drog av dessa. [9]

17. Enligt min mening faller inte den första grunden under den rättspraxis som det har hänvisats till, och det måste därför fastställas att överklagandet inte kan vinna bifall på denna grund. De argument som Langnese-Iglo har anfört för att visa att principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts överensstämmer nämligen med de argument som företaget åberopade vid förstainstansrätten, inklusive de argument som grundades på faktiska omständigheter som rätten inte ansåg föreligga. Klaganden har genom att anföra denna grund i överklagandet försökt att få en omprövning av den ansökan som har ingivits till förstainstansrätten. Klaganden har emellertid inte klart angett i vilken mån rätten eventuellt har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tillämpa principen om skydd för berättigade förväntningar på de faktiska omständigheter som rätten hade fastställt i målet.

Klaganden har dessutom, till stöd för de argument som bygger upp denna grund i överklagandet, ifrågasatt den fastställelse av de faktiska omständigheterna som förstainstansrätten gjorde i den överklagade domen. Förstainstansrättens bedömning av betydelsen av faktiska ändringar som hade uppkommit på den ifrågavarande marknaden (tillträdet av två nya konkurrenter och kännedom om ytterligare hinder för tillträdet till marknaden) skedde med hjälp av en bedömning av den bevisning som hade framlagts för rätten. Det ankommer härvid på rätten att göra denna bedömning, som inte kan bli föremål för domstolens kontroll i ett överklagande. Vidare har klaganden inte gjort gällande att rätten har missuppfattat bevisningen eller att det av handlingarna i målet framgår att rättens konstateranden i sak är felaktiga.

18. Jag anser i varje fall att förstainstansrätten i den överklagade domen drog en riktig slutsats när den fastslog att principen om skydd för berättigade förväntningar inte hade åsidosatts, eftersom rättens bedömning vinner stöd av flera skäl.

För det första riktades det besked som kommissionen hade utfärdat år 1985 till Schöller och det avsåg detta företags anmälan av dess "glassleveransavtal". Skyddet för berättigade förväntningar kan, i förekommande fall, endast åberopas av det företag som ett administrativt besked om avskrivning riktar sig

9 — Dom av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen (REG 1994, s. I-667), punkt 42, av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen (REG 1995, s. I-743), punkt 67, och beslut av den 17 september 1996 i mål C-19/95 P, San Marco mot kommissionen (REG 1996, s. I-4435), punkterna 39 och 40.

till [10] och som kommissionen har utfärdat för företaget i ett administrativt förfarande. Dessa besked har ingen verkan i förhållande till tredje man och är inte bindande för de nationella domstolarna. [11] Det är därför logiskt att tredje man, i detta fall Langnese-Iglo, inte heller kan åberopa dem till stöd för sina yrkanden.

För det andra kan kommissionen återuppta förfarandet och avvika från den bedömning som den har gjort i ett administrativt besked om avskrivning, när den får kännedom om att det har uppkommit nya konkurrensbegränsningar eller ändringar i strukturen av den ifrågavarande marknaden. Kommissionen hade uttryckligen förbehållit sig denna möjlighet genom att i beskedet till Schöller införa en *clausula rebus sic stantibus*. Om kommissionen inte är bunden av ett ickeingripandebesked [12] eller av ett beslut enligt artikel 85.3, [13] när det har skett en väsentlig ändring av den ifrågavarande marknaden, kan den *a fortiori* avvika från en bedömning som den har gjort i ett administrativt besked om avskrivning.

19. Jag anser mot bakgrund av det ovan anförda att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning eller, i annat fall, inte kan vinna bifall på den första grunden.

B — *Överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget*

20. Langnese-Iglo anser att den slutsats som förstainstansrätten har dragit i punkt 94—114 i den överklagade domen i fråga om den effekt som de exklusiva inköpsavtalen har på konkurrensen är oförenlig med artikel 85.1 i fördraget. Rätten fann att de exklusiva inköpsavtal som gällde mellan Langnese-Iglo och dess detaljhandlare märkbart begränsade konkurrensen på den ifrågavarande marknaden och att de följaktligen var oförenliga med artikel 85.1, såsom kommissionen hade fastslagit i det omtvistade beslutet.

21. Klaganden anser att förstainstansrättens bedömning vilar på olika omständigheter som inte framgår av handlingarna i målet och att den grundas på en felaktig rättslig bedömning av de faktiska omständigheterna. Langnese-Iglo har för det första hävdat att rättens slutsats, i punkt 105 i den överklagade domen, att det fanns en kumulerad grad av bundenhet som översteg 30 procent, inte framgick av handlingarna i målet. Enligt

10 — Domstolen ansåg i domen i målet TPI Schöller mot kommissionen, som har vunnit laga kraft, att kommissionen inte hade åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar genom att anta beslut 93/405, i vilket det fastslogs att de exklusiva inköpsavtal för glass som Schöller upprätthöll med sina detaljhandlare var oförenliga med artikel 85.1 i EG-fördraget.

11 — Se bland annat dom av den 11 december 1980 i mål 31/80, L'Oréal (REG 1980, s. 3775), punkt 12.

12 — Förstainstansrättens dom av den 13 december 1990 i mål T-116/89, Prodifarma m. fl. mot kommissionen (REG 1990, s. II-843), punkt 70.

13 — Artikel 8.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

dessa handlingar understeg graden av bundenhet 30 procent, vilket kommissionen i det besked som den skickade till Schöller år 1985 ansåg vara ett godtagbart gränsvärde.

För det andra har klaganden ifrågasatt andra faktiska omständigheter beträffande den ifrågavarande marknaden och som förstainstansrätten har tagit hänsyn till i punkterna 107 och 109 i den överklagade domen. Det rör sig om det system för utlåning av ett stort antal frysboxar som Langnese-Iglo ställde till detaljhandlarnas förfogande, på villkor att de använde dem uteslutande för att förvara Langnese-Iglos produkter, och om de rabatter som Langnese-Iglo beviljade för att försäkra sig om en viss procent av försäljningen av glass i enskild förpackning. Enligt klaganden framgår inte dessa faktiska omständigheter av handlingarna i målet, och de motsvarar de påståenden från kommissionen som klaganden har bestritt inför förstainstansrätten.

Slutligen anser Langnese-Iglo att förstainstansrätten, i punkt 113 i den överklagade domen, felaktigt har dragit slutsatsen att de exklusiva inköpsavtal som Langnese-Iglo och Schöller upprätthöll på marknaden på ett märkbart sätt begränsade konkurrensen på den ifrågavarande marknaden, eftersom en grad av bundenhet som obetydligt översteg 30 procent varken hindrar tillträdet till marknaden på ett märkbart sätt eller medför att marknaden stängs, i synnerhet när den berörda marknaden — såsom den tyska glassmarknaden — befinner sig i full expansion.

22. Överklagandet kan inte tas upp till sakprövning på denna grund, eftersom klaganden endast har ifrågasatt olika faktiska omständigheter som förstainstansrätten slutgiltigt har konstaterat i den överklagade domen, efter det att bevisningen hade frambringats på rätt sätt och i enlighet med allmänna rättsprinciper och regler om bevisbörda och bevisvärdering. Domstolen saknar behörighet att i ett mål om överklagande kontrollera en sådan bedömning av bevisning som förstainstansrätten har gjort i behörig ordning.

23. Det bör därför förklaras att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning på den andra grunden.

C — *Åsidosättande av principerna om proportionalitet och om likabehandling*

Proportionalitetsprincipen

24. Klaganden anser att förstainstansrätten i den överklagade domen inte på ett korrekt sätt har tillämpat proportionalitetsprincipen, enligt vilken de åtgärder som kommissionen vidtar inte får gå längre än vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå det

eftersträvade målet. [14] Enligt klaganden har rätten åsidosatt proportionalitetsprincipen genom att anse att kommissionen handlade korrekt när den återkallade det gruppundantag som i enlighet med förordning nr 1984/83 hade beviljats för klagandens samtliga exklusiva inköpsavtal och genom att anse att avtalen i sin helhet var oförenliga med artikel 85.1, utan att först ha gett klaganden tillfälle att anpassa sitt avtalsnät till kraven i denna bestämmelse.

25. Förstainstansrätten har å ena sidan godtagit återkallandet av gruppundantaget och förbudet för hela Langnese-Iglos avtalsnät. Den har å andra sidan, i punkterna 207 och 208 i den överklagade domen, förklarat att artikel 85 i regel inte utgör något hinder för att ingå exklusiva inköpsavtal, förutsatt att de inte bidrar till en avskärmning av marknaden, och att kommissionen inte genom ett enskilt beslut kan inskränka eller begränsa rättsverkningarna av förordning nr 1984/83, såvida inte förordningen innehåller en uttrycklig rättsgrund för en sådan åtgärd. Klaganden anser att rättens två slutsatser är klart motsägelsefulla.

26. Langnese-Iglo har anfört att kommissionen inte behövde återkalla gruppundantaget och förbjuda Langnese-Iglos samtliga exklusiva inköpsavtal för att uppnå målet att få överträdelsen av artikel 85.1 att upphöra. Enligt Langnese-Iglo hade kommissionen kunnat uppnå detta mål med hjälp av andra mindre ingripande åtgärder än förbud för klagandens samtliga exklusiva inköpsavtal, såsom genom att minska antalet exklusiva inköpsavtal eller genom att minska graden av bundenhet till en nivå som var förenlig med förordning nr 1984/83.

Förstainstansrätten godtog inte denna möjlighet, eftersom den i punkterna 129 och 193 i den överklagade domen fann att en uppdelning av Langnese-Iglos avtalsnät, för att skilja på de avtal som inte i väsentlig mån bidrar till den eventuella kumulativa verkan som framkallas av likartade avtal på marknaden, skulle vara godtycklig.

27. Såsom Mars och kommissionen har påpekat är klagandens argumentering till stöd för denna grund mycket oklar. Klaganden har nämligen inte gjort någon åtskillnad mellan förstainstansrättens uttalanden angående nätet av befintliga exklusiva inköpsavtal (punkt 188—196) och rättens uttalanden angående förbudet, i artikel 4 i det omtvistade beslutet, mot att ingå exklusiva inköpsavtal i framtiden (punkt 197—210). Rätten har gjort en klar åtskillnad mellan å ena sidan tillämpningen av artikel 85.1 på befintliga avtal och å andra sidan den verkan som artikel 3 i förordning nr 17 har på de exklusiva inköpsavtal som Langnese-Iglo skulle kunna ingå i framtiden. Förstainstansrättens resone-

14 — *Dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, Denkavit Nederland* (REG 1984, s. 2171), och domen i det ovannämnda målet RTP och ITP mot kommissionen, punkt 93.

mang är således inte motsägelsefullt, i motsats till vad som har hävdats, eftersom de av rättens argument som klaganden har hänvisat till är olika beroende på att de avser olika fall.

28. Bortsett från denna oklarhet anser jag att förstainstansrätten i den överklagade domen har tillämpat proportionalitetsprincipen korrekt och att överklagandet därför inte kan vinna bifall på denna grund.

29. Klaganden har inte ifrågasatt kommissionens behörighet att återkalla ett gruppundantag enligt artikel 14 i förordning nr 1984/83, som har artikel 7 i förordning nr 19/65 [15] som rättslig grund. Klaganden har inte heller ifrågasatt förstainstansrättens tillämpning av principen om kumulativ verkan, som domstolen har utvecklat i domarna i målen Brasserie de Haecht och Delimitis, [16] för att avgöra om Langnese-Iglos nät av exklusiva inköpsavtal var förenliga med artikel 85.

Klaganden anser endast att återkallelsen av gruppundantaget för dess avtalsnät inte kan resultera i ett förbud för alla dessa avtal. Det är, enligt klagandens mening, fråga om ett resultat som är oproportionerligt, eftersom iakttagandet av artikel 85 hade kunnat säkerställas om kommissionen i enskilda fall hade medgett undantag för de avtal i nätet som hade en svag inverkan på konkurrensen och om den hade förbjudit resterande avtal.

30. När principen om kumulativ verkan tillämpas för att analysera ett nät av exklusiva inköpsavtal i sin helhet, måste — enligt min mening — även den resulterande sanktionen vara heltäckande. [17] Kommissionen kan inte göra åtskillnad mellan de olika avtal som tillsammans utgör nätet, på så sätt att artikel 85.1 inte tillämpas på vissa av dessa avtal, för vilka kommissionen således skulle medge ett enskilt undantag. En åtskillnad mellan olika typer av avtal inom det nät som Langnese-Iglo upprätthåller skulle, såsom förstainstansrätten har understrukit, ge upphov till godtyckliga situationer. Om avtalsnätet beaktas i dess helhet vid fastställelsen av huruvida det är fråga om en överträdelse av artikel 85, är det inte möjligt att inom nätet göra åtskillnad mellan olika typer av avtal, när det meddelas en sanktion eller ett enskilt undantag. Såväl en sanktion som ett enskilt undantag måste tillämpas på nätet i dess helhet. [18]

15 — Rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden (EGT 1965, 36, s. 533; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 36).

16 — Dom av den 12 december 1967 i mål 23/67, Brasserie de Haecht (REG 1967, s. 525), och av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11).

17 — Se L. Idot och C. Momège: "L'affaire des barres glacées Mars: une vague de froid sur les contrats d'exclusivité", *La semaine juridique — édition entreprise*, Tillägg nr 6, s. 7.

18 — I domen i det ovannämnda målet Brasserie de Haecht förklarade domstolen i fråga om exklusiva leveransavtal för öl "att det skulle vara ändamålslöst att beakta ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande med avseende på dess verkan, om det måste skiljas från den marknad där det förekommer och om det bara kunde undersökas åtskilt från de samlade omständigheter ur vilka det har uppkommit, vare sig dessa omständigheter är konvergerande eller inte".

Principen om likabehandling

31. Klaganden anser att förbudet mot samtliga av dess exklusiva inköpsavtal utgör ett åsidosättande av principen om likabehandling, som erkänns som en allmän princip i gemenskapsrätten. Förstainstansrätten fastslog i punkt 209 i den överklagade domen att artikel 4 i det omtvistade beslutet utgjorde ett åsidosättande av nämnda princip, eftersom Langnese-Iglo till följd av artikeln inte kunde komma i åtnjutande av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83 för de exklusiva inköpsavtal som det ingick i framtiden. Enligt Langnese-Iglo innebär förbudet mot samtliga av dess befintliga avtal dessutom att företaget diskrimineras i förhållande till sina konkurrenter, som inte är skyldiga att häva avtalen med deras återförsäljare.

32. Enligt min mening kan talan inte vinna bifall på denna delgrund av tre skäl. För det första har klaganden på nytt försökt att tillämpa förstainstansrättens resonemang angående framtida avtal på de befintliga avtalen. För det andra innebar beslut 93/405, som i stora delar har bekräftats av förstainstansrätten i domen i målet Schöller mot kommissionen, även ett förbud mot hela det nät av exklusiva inköpsavtal som Schöller hade ingått med sina detaljhandlare. För det tredje hade det framkommit, enligt punkt 39 i den överklagade domen, att Mars endast erbjöd ett begränsat produktsortiment och att detta företag hade antagit en marknadsstrategi som skiljde sig från den strategi som Schöller och Langnese-Iglo tillämpade. Klaganden gjorde vid förstainstansrätten inte heller gällande att dess eget och konkurrenternas distributionssystem var likartade. Det är därför inte möjligt att åberopa denna nya faktiska omständighet i överklagandet, eftersom det skulle innebära en ändring av föremålet för talan, vilket är oförenligt med artikel 113.2 i rättegångsreglerna.

33. Av vad ovan anförts följer att talan inte heller kan vinna bifall på denna grund.

Anslutningsklagan: överträdelse av artikel 3 i förordning nr 17

34. Kommissionen, vars yrkanden stöds av Mars, har genom sin anslutningsklagan yrkat att den överklagade domen skall upphävas i den del den innebär att artikel 4 i det omtvistade beslutet ogiltigförklaras. Enligt kommissionen har förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att, i punkt 205 i den överklagade domen, anse att enligt artikel 3 i förordning nr 17 "har kommissionen ... bara befogenhet att förbjuda befintliga exklusiva avtal som är oförenliga med konkurrensreglerna".

35. Artikel 4 i det omtvistade beslutet har följande lydelse: "Langnese-Iglo GmbH förbjuds att till och med den 31 december 1997 ingå sådana avtal som anges i artikel 1." Kommissionen gjorde inför förstainstansrätten gällande att denna bestämmelse skall tolkas extensivt, och att Langnese-Iglo därigenom förbjöds att under fem år ingå några som helst exklusiva inköpsavtal, oberoende av om dessa avtal var likartade med de avtal som ingick i det nät som, i artikel 1 i det omtvistade beslutet, förklarades vara oförenligt med artikel 85.1. Ovannämnda artikel 4 innebar att klaganden förbjöds att ingå nya exklusiva inköpsavtal, som kunde omfattas av gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83, under den tid som kommissionen ansåg vara nödvändig för att möjliggöra en grundläggande förändring av den ifrågavarande marknadens villkor och struktur. På detta sätt förhindrades, enligt kommissionen, att klaganden kringgick förbudet i det omtvistade beslutet genom att upprätta ett nytt nät av exklusiva inköpsavtal.

domen anförde rätten tre skäl till stöd för sin slutsats enligt följande:

— Enligt domen i målet Delimitis faller endast exklusiva inköpsavtal som i väsentlig mån bidrar till en kumulativ verkan av ett nät av likartade avtal under förbudet i artikel 85.1.

— Förordning nr 1984/83 innehåller inte någon rättslig grund som gör det möjligt att bestämma att ett gruppundantag inte skall tillämpas på framtida avtal och kommissionen saknar, med hänsyn till normhierarkin, befogenhet att meddela ett enskilt beslut med sådant innehåll.

— Det skulle strida mot principen om likabehandling att förbjuda ett företag att ingå exklusiva inköpsavtal medan andra företag tilläts att göra detta.

36. Förstainstansrätten underkände kommissionens argumentering och biföll Langnese-Iglos yrkande om ogiltigförklaring av nämnda artikel 4, eftersom denna artikel innebar att kommissionen hade överskridit sina befogenheter enligt artikel 3 i förordning nr 17. I punkt 205—210 i den överklagade

37. Enligt min mening framstår förstainstansrättens lösning avseende artikel 4 i det omtvistade beslutet, mot bakgrund av den tolkning av artikelns räckvidd som kommissionen gav uttryck för i första instans, som fullt giltig och förenlig med domstolens rättspraxis om räckvidden av kommissionens

sanktionsbefogenheter i konkurrensfrågor. [19] Kommissionen har i sina kompletterande yttranden i detta mål dessutom godtagit den motivering som rätten lade till grund för att ogiltigförklara nämnda artikel, som hade getts en extensiv tolkning.

38. Kommissionen har numera i sin anslutningsklagan uttryckligen övergett den extensiva tolkning av artikel 4 som den hävdade i första instans och har i stället tolkat bestämmelsens räckvidd restriktivt, som grund för sitt yrkande om upphävande av den överklagade domen.

Kommissionen anser numera att artikel 4 endast syftar till att förbjuda Langnese-Iglo att återupprätta samma nät av exklusiva inköpsavtal med dess detaljhandlare, men att den inte på något sätt förbjuder detta företag att ingå nya exklusiva inköpsavtal med andra detaljhandlare. Förbudet i artikel 4 utgör således en garanti som är ämnad att säkerställa att artiklarna 1 och 2 i det omtvistade beslutet iakttas. Enligt kommissionen tillkommer denna garanti utöver den garanti som föreskrivs i artikel 3, enligt vilken Langnese-Iglo förpliktas att underrätta sina detaljhandlare om beslutet och att deras exklusiva inköpsavtal är ogiltiga.

39. Enligt min mening är bedömningen av anslutningsklagan beroende av den tolkning som artikel 4 i det omtvistade beslutet skall ges. Om domstolen väljer att tolka bestämmelsens räckvidd restriktivt, kan kommissionens anslutningsklagan, som stöds av Mars, bifallas. Om domstolen finner att denna bestämmelse endast innebär förbud mot att senare återupprätta samma nät av exklusiva inköpsavtal som Langnese-Iglo tidigare hade upprättat, uppkommer inga olägenheter av att bekräfta att bestämmelsen är förenlig med domstolens rättspraxis om kommissionens behörighet, enligt artikel 3 i förordning nr 17, att vidta åtgärder för att få överträdelser av konkurrensregler att upphöra. [20] Ett sådant förbud säkerställer det omtvistade beslutets ändamålsenliga verkan, eftersom det innebär förbud mot att den konkurrensbegränsning för vilken det har meddelats sanktioner fortgår i framtiden, och kommissionen behöver därför inte inleda ett nytt förfarande angående samma sak. Även om det kan anses vara ändamålsenligt att införa en bestämmelse av detta slag i de beslut som kommissionen fattar, är detta enligt min mening inte nödvändigt för att hindra att den konkurrensbegränsning för vilken det har meddelats sanktioner på nytt uppkommer i framtiden, eftersom de nationella domstolarnas skyldighet att säkerställa beslutets ändamålsenliga verkan är tillräcklig för att de skall ogiltigförklara de framtida avtal som är identiska med de avtal som förbjuds genom beslutet.

Om domstolen däremot skulle anse att artikel 4 innebär att Langnese-Iglo förbjuds att

19 — Se bland annat dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents Corporation mot kommissionen (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229), punkt 45, domen i det ovannämnda målet RTP och ITP mot kommissionen, punkt 90, och förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen (REG 1992, s. II-2223; svensk specialutgåva, volym 13), punkt 50—54.

20 — Se M. Waelbroeck och A. Frignani: *Concurrence. Commentaires J. Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 4, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bryssel, 1997, s. 410—412.

ingå några som helst exklusiva inköpsavtal fram till och med den 31 december 1997, oberoende av om dessa avtal är likartade med de avtal som förbjuds genom det omtvistade beslutet och oberoende av om de ingår i ett nät som är likartat med klagandens tidigare nät, måste anslutningsklagan — såsom kommissionen själv har medgett — ogillas, med samma motivering som förstainstansrätten lade till grund för den överklagade domen.

40. Enligt min mening kan räckvidden av artikel 4 i det omtvistade beslutet endast tolkas på det sätt som förstainstansrätten har gjort i den överklagade domen, det vill säga att denna artikel innebär att Langnese-Iglo förbjuds att ingå något som helst nytt exklusivt inköpsavtal med detaljhandlarna fram till och med den 31 december 1997. Det finns olika skäl till denna slutsats.

För det första framgår detta av själva lydelsen av artikel 4, enligt vilken Langnese-Iglo allmänt förbjuds att ingå "sådana avtal som anges i artikel 1." Till skillnad från de bestämmelser som kommissionen har infört i andra beslut uppställs i artikel 4 ingen skyldighet för de företag för vilka det har meddelats sanktioner att låta bli att i framtiden ingå avtal vars syfte eller verkan är identisk eller likartad med de avtal som förbjuds genom beslutet. [21] Artikel 4 innebär att klaganden förbjuds att ingå något som helst nytt exklusivt inköpsavtal, oberoende av avtalets innehåll och kännetecken och oberoende av den kumulativa inverkan som den nya typen av avtalsnät, i vilket avtalet ingår, kan ha på konkurrensen på den ifrågavarande marknaden.

För det andra har kommissionen i punkt 154 i det omtvistade beslutet förklarat att "förbudet inte skulle ha någon ändamålsenlig verkan, om det var tillåtet för L-I att genast ersätta befintliga 'leveransavtal' med andra leveransavtal. Det är följaktligen av vikt att L-I under en tillräckligt lång tid förbjuds att på nytt ingå sådana avtal för att möjliggöra en grundläggande förändring av marknadens villkor." I nämnda punkt i det omtvistade beslutet, som utgör grunden för artikel 4, anges att denna bestämmelse innebär att Langnese-Iglo meddelas ett absolut förbud mot att ingå nya exklusiva inköpsavtal.

Det skulle slutligen vara ologiskt att dra slutsatsen att artikel 4 endast innebar förbud mot att återupprätta Langnese-Iglos tidigare nät av exklusiva inköpsavtal, eftersom detta skulle innebära att förbudet tillämpades fram

21 — Se bland andra artikel 3 i kommissionens beslut 92/157/EEG av den 17 februari 1992 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.370 och 31.446 — UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (EGT L 68, s. 19) och artikel 4 i kommissionens beslut 94/980/EG av en 19 oktober 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/34.446 — Trans Atlantic Agreement) (EGT L 376, s. 1).

till och med den 31 december 1997 och att kommissionen efter detta datum underförstått medgav att nämnda återupprättande inte utgjorde en överträdelse av artikel 85.1 och att det var berättigat enligt gruppundantaget enligt förordning nr 1984/83.

41. Jag anser följaktligen att kommissionens anslutningsklagan skall ogillas.

Rättegångskostnader

42. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 skall tillämpas i mål om överklagande, skall domstolen besluta om fördelningen av rättegångskostnaderna, om det finns flera tappande parter. Jag anser därför att vardera parten skall bära sina rättegångskostnader, om domstolen — såsom jag har föreslagit — fastställer att talan inte kan vinna bifall på de av klaganden åberopade grunderna och samtidigt ogillar kommissionens anslutningsklagan, som stöds av Mars.

Förslag till avgörande

43. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall

1) fastställa att överklagandet delvis skall avvisas och att det inte kan vinna bifall på de tillåtna grunderna, och

2) ogilla anslutningsklagan.