RETTENS DOM (Anden Udvidede Afdeling)

8. juni 1995 *

I sag T-7/93,

Langnese-Iglo GmbH, Hamburg (Tyskland), ved advokaterne Martin Heidenhain, Bernhard M. Maassen og Horst Satzky, Frankfurt am Main, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Jean Hoss, 15, Côte d'Eich,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Bernd Langeheine, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Alexander Böhlke, Frankfurt am Main, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

* Processprog: tysk.

Mars GmbH, Viersen (Tyskland), ved advokat Jochim Sedemund, Köln, og Solicitor John E. Pheasant, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Michel Molitor, 14A, rue des Bains,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 93/406/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Langnese Iglo GmbH (IV/34.072 — EFT 1993 L 183, s. 19),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, B. Vesterdorf, og dommerne D.P.M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner og A. Kalogeropoulos,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 16. november 1994,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder

1 Ved skrivelse af 6. december 1984 anmodede Bundesverband der deutschen Süsswarenindustrie eV — Fachsparte Eiskrem (herefter benævnt »brancheforeningen«) Kommissionen om en »formel erklæring« om, hvorvidt de eksklusive købsaftaler, som de tyske konsumisproducenter havde indgået med deres kunder, var forenelige med traktatens artikel 85, stk. 1. Ved skrivelse af 16. januar 1985 meddelte Kommissionen brancheforeningen, at den ikke fandt at kunne træffe en beslutning, der finder anvendelse på hele sektoren.

2 Den tyske virksomhed Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (herefter benævnt »Schöller«) anmeldte den 7. maj 1985 en standardkontrakt til leveringsaftale til Kommissionen. Kontrakten regulerede selskabets forhold til forhandlerne i detailhandelen. Den 20. september 1985 sendte Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence Schöller's advokat en administrativ skrivelse, et såkaldt »comfort letter« (herefter benævnt »den administrative skrivelse«), 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 konkurrenceforbud, 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 (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 har derfor ikke anledning til at skride ind over for de af Deres klient anmeldte kontrakter.

Kommissionen forbeholder sig retten 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.

...«

3 Den 18. september 1991 indgav Mars GmbH (herefter benævnt »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 blev hæmmet væsentligt på grund af de aftaler, sagsøgeren og Schöller i strid med konkurrencereglerne havde indgået med et stort antal detailhandlere.

4 Ved beslutning af 25. marts 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/34.072 — Mars/Langnese og Schöller — foreløbige forholdsregler) (herefter benævnt »beslutningen af 25. marts 1992«) forbød Kommissionen i det væsentlige — som en foreløbig forholdsregel — sagsøgeren og Schöller, i forbindelse med konsumisprodukterne »Mars«, »Snickers«, »Milky Way« og »Bounty« og i den udstrækning, disse tilbydes den endelige forbruger i enkeltportioner, at gøre brug af deres aftalemæssige rettigheder i henhold til aftaler, som er indgået af dem selv eller til deres fordel, for så vidt som detailhandlere forpligter sig til udelukkende at købe, tilbyde og/eller sælge konsumis fra disse producenter. Kommissionen besluttede endvidere at lade fordelen ved anvendelse af forordning (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler (EFT L 173, s. 5, herefter benævnt »forordning nr. 1984/83«) bortfalde for de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler, for så vidt som gennemførelsen af ovennævnte forbud kræver det.

5 Det er på denne baggrund, at Kommissionen — for efter ovennævnte beslutning af 25. marts 1992 at træffe en endelig beslutning vedrørende de omhandlede leveringsaftaler — den 23. december 1992 vedtog beslutning 93/406/EØF om en procedure i henhold til traktatens artikel 85 (IV/34.072 — Langnese-Iglo GmbH, EFT 1993 L 183, s. 19, herefter benævnt »beslutningen«), hvis dispositive del lyder således:

»*Artikel 1*

De af Langnese-Iglo GmbH indgåede aftaler, hvorefter detailhandlere med forretningssted i Tyskland er forpligtet til med henblik på videresalg udelukkende at købe småis [1] 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 anvendelse 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

1 — Jf. forklaringerne til produktgrupperingen af 21.5.1990 fra Fachsparte Eiskrem under Bundesverband der deutschen Süsswarenindustrie eV.

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 at indgå aftaler af den i artikel 1 omhandlede karakter indtil den 31. december 1997.

...«

6 Der blev samme dag vedtaget en beslutning for så vidt angår Schöller (Kommissionens beslutning 93/405/EØF af 23.12.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 og IV/34.072 — EFT 1993 L 183 s. 1)).

Retsforhandlinger

7 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 6. april 1992 anlagde sagsøgeren sag med påstand om annullation af beslutningen af 25. marts 1992, og ved særskilt processkrift registreret på Rettens Justitskontor samme dag fremsatte sagsøgeren tillige begæring om foreløbige forholdsregler (sagerne T-24/92 og T-24/92 R).

8 Ved kendelse af 16. juni 1992 traf Rettens præsident afgørelse om foreløbige forholdsregler (sagerne T-24/92 R og T-28/92 R, Langnese-Iglo og Schöller Lebensmittel mod Kommissionen, Sml. II, s. 1839).

9 Ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 2. februar 1993 meddelte sagsøgeren Retten, at selskabet hævede sagen, jf. procesreglementets artikel 99, og ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Første Afdeling den 1. april 1993 blev sag T-24/92 slettet af Rettens register.

10 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 19. januar 1993 har sagsøgeren i medfør af EF-traktatens artikel 173, stk. 4, som svarer til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt nærværende sag med påstand om annullation af beslutningen.

11 Ved særskilt processkrift registreret på Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgeren tillige fremsat begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningen, jf. traktatens artikel 185 og artikel 104 i Rettens procesreglement.

12 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 3. februar 1993 har Mars anmodet om tilladelse til at intervenere i sag T-7/93 R til støtte for Kommissionens påstande. Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 4. februar 1993 har Mars tillige anmodet om tilladelse til at intervenere i sag T-7/93 til støtte for Kommissionens påstande.

13 Ved kendelse af 19. februar 1993 har Rettens præsident tilladt Mars at intervenere i sag T-7/93 R og truffet afgørelse vedrørende sagsøgerens begæring om udsættelse af gennemførelsen (forenede sager T-7/93 R og T-9/93 R, Langnese-Iglo og Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 131).

14 Ved kendelse af 12. juli 1993 har formanden for Rettens Første Afdeling tilladt Mars at intervenere i sag T-7/93 og taget en af sagsøgeren fremsat begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger, jf. artikel 116, stk. 2, i Rettens procesreglement, til følge.

15 Schöller har ligeledes anlagt sag med påstand om annullation af den beslutning, der er rettet til selskabet (sag T-9/93). Mars har også opnået tilladelse til at intervenere i den sag.

16 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Retten har dog ved skrivelse af 26. september 1994 anmodet parterne om at besvare visse spørgsmål skriftligt. Sagsøgeren og sagsøgte har besvaret spørgsmålene ved skrivelser af henholdsvis 21. og 19. oktober 1994. Ved kendelse af 9. november 1994 har formanden for Anden Udvidede Afdeling taget en af sagsøgeren fremsat begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger i parternes svar på de stillede spørgsmål, jf. artikel 116, stk. 2, i Rettens procesreglement, til følge.

17 De omhandlede oplysninger er blevet behandlet fortroligt i retsmødet i overensstemmelse med kendelserne af 12. juli 1993 og 9. november 1994. De behandles også fortroligt i nærværende dom.

18 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 16. november 1994.

Parternes påstande

19 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

— Intervenienten tilpligtes at betale sagsøgerens omkostninger som følge af interventionen.

20 Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

21 Intervenienten, Mars, har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

22 Sagsøgeren har påberåbt sig fem anbringender til støtte for sine påstande. Selskabet har således for det første gjort gældende, at meddelelsen af beslutningen var mangelfuld, idet Kommissionen undlod at vedlægge visse bilag, og for det andet, at der er sket en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, idet Kommissionen ikke fulgte den vurdering, den anlagde i den administrative skrivelse. Det er for det tredje gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, og for det fjerde, at Kommissionen har tilsidesat traktatens artikel 85, stk. 3, og proportionalitetsprincippet ved at lade fordelen ved gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83 bortfalde for alle de omtvistede leveringsaftaler. Endelig har sagsøgeren for det femte gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«).

Anbringendet om en mangelfuld meddelelse af beslutningen

23 Sagsøgeren har anført, at meddelelsen af beslutningen var mangelfuld, idet Kommissionen undlod at vedlægge visse bilag, som er nævnt i beslutningen. Selskabet har i stævningen anført, at det forbeholder sig retten til at afgive et supplerende indlæg, såfremt det måtte modtage de pågældende bilag.

24 Ifølge Kommissionen er der tale om bilag 1 og 2 til tabellerne fra Eurostat, som er nævnt i det tilsvarende afsnit i meddelelsen af klagepunkterne af 15. juli 1992, og som samtidig hermed blev tilstillet sagsøgeren, der ikke har anfægtet dem under den administrative procedure.

25 Kommissionen har understreget, at der ikke er nogen bilag til beslutningen, og at denne blev meddelt sagsøgeren i sin helhed. Kommissionen finder i øvrigt, at der ikke er mangler ved begrundelsen for beslutningen.

26 Det bemærkes, at sagsøgeren ikke har indleveret en replik, hvori selskabet kunne være fremkommet med supplerende bemærkninger til støtte for sit anbringende og navnlig reagere på det af Kommissionen anførte om, at de omhandlede bilag blev tilstillet selskabet under den administrative procedure. Desuden har sagsøgeren ikke beskæftiget sig yderligere med spørgsmålet under retsmødet.

27 Retten finder herefter, at anbringendet ikke støttes af sagens faktiske omstændigheder, og at det derfor bør forkastes.

Anbringendet om en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

Sammenfatning af parternes argumentation

28 Sagsøgeren har gjort gældende, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som ifølge Domstolens faste praksis er et af fællesskabsrettens grundlæggende principper (jf. dom af 5.5.1981, sag 112/80, Dürbeck, Sml. s. 1095, og af 10.1.1992, sag C-177/90, Kühn, Sml. I, s. 35), medfører, at Kommissionen havde pligt til at fastholde den vurdering, den anlagde i den administrative skrivelse. Sagsøgeren finder nemlig, at når Kommissionen har tilstillet virksomheder et »comfort letter«, kan den under hensyn til det nævnte princip kun undlade at respektere den vurdering, der er anlagt af dens egne tjenestegrene, hvis de faktiske omstændigheder ændrer sig, eller hvis vurderingen hviler på urigtige oplysninger (jf. Domstolens dom af 11.12.1980, sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775, og navnlig generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse, s. 3796, på s. 3803). Det er ifølge sagsøgeren indlysende, at Kommissionen ikke er berettiget til at genoptage proceduren med den begrundelse, at den har ændret sin retlige vurdering. Hvis dette var tilfældet, ville fremsendelsen af et »comfort letter« være uden enhver betydning.

29 Sagsøgeren har dernæst anført, at de faktiske omstændigheder, der kendetegner det relevante marked, ikke har ændret sig væsentligt siden fremsendelsen af den administrative skrivelse. For så vidt angår den omstændighed, at Mars og Jacobs Suchard er indtrådt på markedet, har sagsøgeren bemærket, at Mars' indtræden ikke udgør en objektiv begrundelse for at genoptage proceduren eller for at undlade at følge den vurdering, der blev anlagt, i den administrative skrivelse, eftersom det i den pågældende skrivelse hedder, at »andre virksomheder ... fortsat [har] adgang til detailhandelen«.

30 På denne baggrund, og når henses til, at Kommissionen hverken kan godtgøre, at den administrative skrivelse er kommet i stand på grundlag af urigtige eller ufuldstændige oplysninger, eller at de retlige eller faktiske omstændigheder, der kendetegner konsumismarkedet, har ændret sig væsentligt siden fremsendelsen af skrivelsen, er Kommissionen ifølge sagsøgeren bundet af den heri anlagte vurdering.

31 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at den administrative skrivelse ganske vist var rettet til Schöller, men at Kommissionen og deltagerne i den procedure, der blev indledt ved brancheforeningens skrivelse af 6. december 1984 — herunder sagsøgeren — havde aftalt, at den af Schöller i maj 1985 foretagne anmeldelse af de af dette selskab indgåede leveringsaftaler og den samtidig hermed fremsatte begæring om udstedelse af en negativattest også gjaldt for alle brancheforeningens øvrige medlemmer. Den administrative skrivelse omfattede derfor ifølge sagsøgeren samtlige eksisterende eksklusive købsaftaler på markedet for konsumisprodukter.

32 Kommissionen har for det første anført, at den administrative skrivelse er rettet til Schöller. Allerede af den grund binder den ikke Kommissionen i forhold til sagsøgeren. Desuden fremgår det ifølge Kommissionen af skrivelsens indhold og af sammenhængen, at den kun vedrører Schöller's anmeldelse af sine leveringsaftaler.

33 Kommissionen har for det andet gjort gældende, at Mars' og Jacob Suchard's indtræden på markedet — som anført i betragtning 151 til beslutningen — er faktiske

forhold, som berettiger en genoptagelse af proceduren. Kommissionen har herved anført, at »comfort letters« ikke kan have en større bindende virkning end de formelle beslutninger, de ud fra et funktionelt synspunkt træder i stedet for ved anvendelse af konkurrencereglerne i praksis. Kommissionen har henvist til, at den i henhold til artikel 8, stk. 3, litra a), i forordning nr. 17 kan tilbagekalde eller ændre en formel beslutning om fritagelse, »såfremt de faktiske forhold har ændret sig på et for beslutningen væsentligt punkt«. Kommissionen har understreget, at det her omhandlede »comfort letter« var baseret på en foreløbig undersøgelse og i overensstemmelse med fast praksis indeholdt et udtrykkeligt forbehold om en genoptagelse af proceduren, »såfremt det retlige eller det faktiske grundlag for den anlagte vurdering ændres væsentligt«.

34 Det er ifølge Kommissionen netop Mars' erfaringer, der har vist, at der er sket en afskærmning af markedet, og dermed givet anledning til en ny undersøgelse. I øvrigt har Kommissionen i medfør af de proceduremæssige garantier, der er hjemlet i artikel 3 i forordning nr. 17 og i artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42, herefter benævnt »forordning nr. 99/63«), pligt til at foretage en grundig undersøgelse af alle de faktiske oplysninger og retlige betragtninger, klagerne fremkommer med (jf. Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223).

Rettens bemærkninger

35 Idet det bemærkes, at den nævnte administrative skrivelse under alle omstændigheder ikke kunne være til hinder for, at Kommissionen behandlede den af Mars indgivne klage, findes det ufornødent såvel at tage stilling til spørgsmålet, om sagsøgeren var berettiget til at gå ud fra, at den vurdering, Kommissionen anlagde i den administrative skrivelse, der var rettet til Schöller, også gjaldt sagsøgerens retlige situation, som at foretage vidneafhøringer i relation til dette spørgsmål, således som foreslået af sagsøgeren.

36 Det fremgår nemlig af retspraksis, at en administrativ skrivelse som den, der blev sendt til Schöller efter anmeldelsen af dette selskabs leveringsaftaler i 1985, hverken udgør en beslutning om en negativattest eller en beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, som omhandlet i artikel 2 og 6 i forordning nr. 17, idet den administrative skrivelse ikke er udfærdiget i overensstemmelse med denne forordnings bestemmelser (jf. Domstolens domme af 10.7.1980, henholdsvis i de forenede sager 253/78, 1/79, 2/79 og 3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, i sag 37/79, Marty, Sml. s. 2481, og i sag 99/79, Lancôme og Cosparfrance, Sml. s. 2511, samt L'Oréal-dommen, jf. ovenfor). I de anførte sager lagde Domstolen vægt på, at de omhandlede administrative skrivelser var blevet færdigbehandlet uden den offentliggørelse, som foreskrives i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, og at der heller ikke var sket nogen offentliggørelse i henhold til forordningens artikel 21, stk. 1.

37 Endvidere bemærkes, at der er tale om en administrativ skrivelse, hvorved den berørte virksomhed, nemlig Schöller, blev gjort bekendt med, at Kommissionen ikke fandt anledning til at skride ind over for de omhandlede aftaler, idet disse under de foreliggende omstændigheder var forenelige med traktatens konkurrenceregler, og at sagen derfor kunne henlægges. Retten finder herved, at den omstændighed, at Kommissionen nævnte den administrative skrivelse og fremsatte visse bemærkninger hertil i sin *Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985, ikke ændrer skrivelsens retlige karakter. I øvrigt har sagsøgeren selv under den skriftlige forhandling anerkendt, at en administrativ skrivelse, som det fremgår af punkt VII i vejledningen til skema A/B, alene giver udtryk for, hvad Kommissionens tjenestegrene mener om den pågældende sag ud fra de faktiske oplysninger, de råder over på tidspunktet for skrivelsen.

38 Endelig bemærkes, at Kommissionen i sit indlæg under den mundtlige forhandling har oplyst, at den på daværende tidspunkt alene foretog en foreløbig undersøgelse af markedsvilkårene, som i det væsentlige var baseret på de oplysninger, den havde modtaget fra Schöller, også for så vidt angår de oplysninger, der førte til afgrænsningen af det relevante marked og til beregningen af bindingsgraden, dvs. procentdelen af salgssteder, der var bundet af eksklusive købsaftaler, og omfanget af salget gennem disse salgssteder. Desuden forbeholdt Kommissionen sig i denne forbindelse i den administrative skrivelse ret til at genoptage proceduren, såfremt det

retlige eller det faktiske grundlag for Kommissionens vurdering måtte ændre sig væsentligt. Et sådant forbehold er i øvrigt i overensstemmelse med Kommissionens administrative praksis på området.

39 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de faktiske omstændigheder har ændret sig væsentligt siden fremsendelsen af den administrative skrivelse, bemærkes for det første, at det fremgår af sagens akter, at to nye konkurrenter, nemlig Mars og Jacob Suchard, senere er trådt ind på markedet. Det er i øvrigt ubestridt, at der for intervenienten Mars' vedkommende klart er tale om en særlig konkurrent, der kun tilbyder et begrænset vareudvalg, og som har valgt en anden salgspolitik end sine væsentligste konkurrenter. For det andet bemærkes, at Kommissionen efter indgivelsen af Mars' klage fik kendskab til, at der, navnlig inden for levnedsmiddelhandelen, fandtes yderligere hindringer for adgangen til markedet, som dels var baseret på den forpligtelse, sagsøgeren pålagde detailhandlerne til udelukkende at opbevare sagsøgerens produkter i de frysekummer, selskabet stillede til rådighed, dels på ydelsen af rabatter som modydelse for overholdelse af eksklusivitetsbestemmelserne.

40 Efter Rettens opfattelse er der herved tale om nye forhold, der, navnlig på baggrund af intervenientens konkrete problemer, gjorde det berettiget at foretage en mere dybtgående og nøje undersøgelse af betingelserne for adgangen til markedet end den, der var foretaget forud for fremsendelsen af den administrative skrivelse. Retten finder således, at skrivelsen ikke forhindrede Kommissionen i at genoptage proceduren med henblik på at vurdere, om de omtvistede leveringsaftaler i det konkrete tilfælde var forenelige med konkurrencereglerne.

41 Dette er desuden i overensstemmelse med Kommissionens forpligtelse i medfør af de proceduremæssige garantier, der er hjemlet i artikel 3 i forordning nr. 17 og i artikel 6 i forordning nr. 99/63, til at foretage en grundig undersøgelse af de faktiske oplysninger og retlige betragtninger, en klager fremkommer med, med henblik på at vurdere, om der på baggrund heraf kan siges at foreligge en adfærd, der kan fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet og påvirke handelen mellem medlemsstater (jf. dommen i sagen Automec mod Kommissionen, se ovenfor, præmis 79).

42 Anbringendet kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1

43 Anbringendet indeholder fire led. Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget en for snæver afgrænsning af det relevante marked og fejlvurderet leveringsaftalernes virkninger for konkurrencen. Selskabet har anført, at de eksklusive købsaftaler — i modsætning til, hvad der er Kommissionens opfattelse — ikke kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart, og at Kommissionen ikke med hjemmel i artikel 3 i forordning nr. 17 kan forbyde samtlige eksisterende eksklusive købsaftaler, herunder dem, der ikke er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1.

Anbringendets første led om afgrænsningen af markedet

44 Kommissionen har i betragtning 90 til beslutningen afgrænset produktmarkedet som markedet for industrielt fremstillede småis i alle distributionskanaler med undtagelse af ambulante butikker.

Sammenfatning af parternes argumentation

45 Sagsøgeren har gjort gældende, at denne afgrænsning af markedet er for snæver. Selskabet har henvist til, at Kommissionen gentagne gange har ændret afgrænsningen af det relevante produktmarked betydeligt. Ifølge sagsøgeren skal det relevante marked udelukkende afgrænses ud fra spørgsmålet, om og i hvilket omfang bestemte varer »på grund af deres egenskaber, prisniveau og anvendelsesformål af forbrugerne anses for at være af samme art«. Sagsøgeren har herved henvist til arti-

kel 3 og 14 i forordning nr. 1984/83 og artikel 3 og 6 i Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (EFT L 173, s. 1, herefter benævnt »forordning nr. 1983/83«) samt til Domstolens dom af 21. februar 1973, sag 6/72, Europembal-lage og Continental Can mod Kommissionen (Sml. s. 215).

46 Det følger efter sagsøgerens opfattelse heraf, at det relevante marked i det foreliggende tilfælde omfatter alle industrielt og håndværksmæssigt fremstillede konsumisprodukter, der sælges i emballage indeholdende flere enkeltportioner — såkaldte multipakninger — og en del af de konsumisprodukter, der er emballeret til brug for storforbrugere med henblik på salg serveret i kugler. Der er ud fra forbrugerens synspunkt fuld substituerbarhed mellem de forskellige former for is i enkeltportioner, der sælges på offentlige steder. De skal opfylde samme behov hos forbrugeren, som handler impulsivt i denne forbindelse.

47 Distributionskanalernes forskelligartethed, indtagelsesstedet, den måde, hvorpå isen udmåles i portioner, og de andre særegenheder ved distributionen af konsumis, som Kommissionen har taget hensyn til, er således ifølge sagsøgeren ikke afgørende for afgrænsningen af det relevante marked.

48 Sagsøgeren har anført, at forbrugeren ofte støder på forskellige former for konsumisprodukter på samme sted, uden at han kan afgøre, hvilken type der er tale om. En del af de småis, der hidrører fra multipakninger, indtages dér, hvor de bliver købt, dvs. på offentlige steder. Sagsøgeren finder således, at det af Kommissionen anførte om, at multipakninger udelukkende tjener »til dækning af behovet derhjemme«, og at de derfor sammen med is i familiepakninger udgør et særskilt marked, er forkert.

49 For så vidt angår industrielt fremstillet is emballeret til brug for storforbrugere med henblik på udmåling i enkeltportioner — også kendt under betegnelsen

»scooping-is« — har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens bemærkning om, at »scooping-is« først får sin særlige karakter, når den ved en tjenesteydelse udmåles i portioner, ikke er relevant. Sagsøgeren har anerkendt, at den måde, hvorpå denne is sælges, ganske vist udviser visse særegenheder. Man kan imidlertid ikke heraf udlede, at »scooping-is« og småis henhører under forskellige markeder. Desuden kan den opdeling i enkeltportioner, en handlende inden for den traditionelle handel foretager, ikke sidestilles med tjenesteydelser inden for restaurationssektoren, som omhandlet i Domstolens dom af 28. februar 1991, sag C-234/89, Delimitis (Sml. I, s. 935). »Scooping-is«, der sælges på offentlige steder, er substituerbar med småis. Sagsøgeren har herved oplyst, at omkring 50% af industrielt fremstillet is, der leveres til storforbrugere, udmåles i enkeltportioner og sælges på offentlige steder.

50 Hvad angår håndværksmæssigt fremstillet konsumis har sagsøgeren anført, at det ofte forekommer, at der på samme sted tilbydes forbrugerne håndværksmæssigt fremstillet is og industrielt fremstillet is. Det er derfor forkert at antage, at der findes et særligt marked for håndværksmæssigt fremstillet is, fordi denne form for is ifølge Kommissionen ikke er et handelsobjekt på markedet. Man kan ikke på baggrund af det forhold, at denne form for is ikke sælges gennem den traditionelle specialhandel, konkludere, at den ikke konkurrerer med industrielt fremstillet småis. Det relevante produktmarked omfatter således også håndværksmæssigt fremstillet is.

51 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at selskabets afgrænsning af det relevante marked er blevet bekræftet af en forbrugeranalyse foretaget på repræsentativt grundlag i juni og juli 1992. Undersøgelsen viste, at de forskellige typer is, der købes impulsivt, efter forbrugerens opfattelse ikke tilhører forskellige markeder.

52 Kommissionen tager ved afgrænsningen af markedet udgangspunkt i forbrugerens synsvinkel. Man må således ifølge Kommissionen holde konsumis, der udbydes som del af tjenesteydelser inden for restaurationssektoren, udenfor, da dette marked i henhold til Domstolens praksis (jf. Delimitis-dommen, nævnt ovenfor)

udgør et særskilt marked. Der er herved ifølge Kommissionen tale om en del af den industrielt fremstillede storforbrugeris og en del af den håndværksmæssigt fremstillede is.

53 Kommissionen har dernæst anført, at indtagelsesstedet på grund af den produktspecifikke sammenhæng mellem nedkølingsmulighed og indtagelse er af afgørende betydning for bestemmelsen af produkternes substituerbarhed i konkurrenceretlig henseende, hvilket gælder så meget mere, som der ofte er tale om et impulsivt og kortvarigt behov.

54 På den baggrund kan det relevante marked ifølge Kommissionen heller ikke omfatte multipakninger, is i familiepakninger og småis, der leveres af ambulante butikker med henblik på oplagring i private frysere, idet disse produkter ikke står til rådighed til dækning af behovet uden for hjemmet. Kommissionen har herved gjort gældende, at det fremgår af Domstolens praksis, at selv identiske produkter kan høre til forskellige produktmarkeder, hvis de dækker en specifik efterspørgsel (jf. dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, og af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461).

55 Det er imidlertid ifølge Kommissionen ikke alene forbrugerens synsvinkel, der er udslagsgivende. Der skal også både tages hensyn til de forskellige distributionskanaler, gennem hvilke konsumisprodukterne når frem til forbrugeren, og til de forskellige konkurrenceforhold i de forskellige distributionsled, da de omtvistede leveringsaftaler vedrører producenternes og/eller grossisternes adgang til detailhandelen. Eftersom traktatens artikel 85, stk. 1, forbyder enhver begrænsning af konkurrencen i ethvert handelsled mellem producenten og den endelige forbruger (jf. Domstolens dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van

Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125), kan forbrugerens synsvinkel ikke alene være afgørende for vurderingen af leveringsaftalernes virkninger for konkurrencen.

56 På den baggrund må det relevante marked efter Kommissionens opfattelse siges ikke at omfatte dels håndværksmæssigt fremstillet is, da denne ikke er et handelsobjekt på et marked, hvor udbudssiden udgøres af producenter af industrielt fremstillet is og grossister, og hvor aftagersiden udgøres af detailhandlere, dels den såkaldte »scooping-is«, da detailhandelen har forskellige distributionsfunktioner med hensyn til denne form for is og småis, og da disse to produktgruppers distributionskanaler kun berører hinanden perifert. Kommissionen har herved anført, at der ved afgrænsningen af markedet kan tages hensyn til efterspørgselsstrukturen (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt ovenfor).

57 Kommissionen har tilføjet, at storforbrugeris har nogle andre særegenheder, der gør det berettiget at holde den uden for det relevante marked.

58 Intervenienten, Mars, har anført, at det af Kommissionen afgrænsede marked bør opdeles i to delmarkeder, nemlig den traditionelle handel og levnedsmiddeldetailhandelen, og at nærværende sag i det væsentlige kun vedrører delmarkedet for småis, som sælges i den traditionelle handel, idet adgangen til denne sektor er lukket for nye konkurrenter på grund af eksklusive købsaftaler.

59 Mars har endvidere henvist til, at mere end 60% af alle småis sælges gennem den traditionelle handel. Mars har herved tilføjet, at Kommissionen også har påvist en række vigtige strukturelle forskelle mellem de to delmarkeder, som efter tysk ret

gør en opdeling berettiget. Ifølge Mars kan samme produkt henføres til forskellige markeder, såfremt det sælges gennem forskellige distributionskanaler.

Rettens bemærkninger

60 Med henblik på afgørelsen af, om Kommissionens definition af det relevante marked i betragtning 90 til beslutningen er korrekt, bemærkes indledningsvis, at afgrænsningen af det relevante marked er afgørende for undersøgelsen af de eksklusive købsaftalers virkninger for konkurrencen og navnlig for undersøgelsen af nye indenlandske eller udenlandske konkurrenters muligheder for at trænge ind på konsumismarkedet eller forøge deres markedsandel (jf. Delimitis-dommen, nævnt ovenfor, præmis 15 og 16).

61 Der skal herved i overensstemmelse med Domstolens praksis tages hensyn til forbrugerens synspunkt. Domstolen har således i en sag vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 86 udtalt, at mulighederne for konkurrence kun kan vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer (jf. dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, nævnt ovenfor). Hvad nærmere angår begrebet produktmarked har Domstolen fastslået, at dette begreb indebærer, at der kan herske effektiv konkurrence mellem de produkter, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse mellem alle de produkter, som indgår i samme marked (jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor). Endvidere bemærkes med hensyn til muligheden for at tage hensyn til andre momenter, at det fremgår af retspraksis, at man ikke kan begrænse sig til alene at se på de omhandlede varers objektive karakteristika, idet også konkurrencevilkårene og efterspørgsels- og udbudsstrukturen på markedet må tillægges betydning (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt ovenfor, præmis 37).

62 Retten skal herefter på baggrund af det således anførte undersøge, om Kommissionens afgrænsning af det relevante marked er korrekt. Der skal herved henvises til, at Kommissionen i betragtning 83 til beslutningen har tilkendegivet, at »scooping-is« og håndværksmæssigt fremstillet is, der sælges med henblik på indtagelse »fra hånden« på offentlige steder, dvs. ikke som en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, samt småis, der sælges på offentlige steder, ud fra forbrugerens synsvinkel er ensartede produkter.

63 Retten finder for det første, at Kommissionen med rette på den baggrund har antaget, at det relevante marked ikke omfatter konsumis, der tilbydes som en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, dvs. en del af den industrielt fremstillede storforbrugeris og en del af den håndværksmæssigt fremstillede is, da dette marked i henhold til Domstolens praksis (jf. Delimitis-dommen, præmis 16) udgør et særskilt marked, idet forbruget af is i restaurationer normalt er forbundet med en tjenesteydelse og ikke så ofte beror på økonomiske betragtninger som f.eks. køb af is i en levnedsmiddelforretning.

64 For det andet kan det relevante marked — som anført af Kommissionen — heller ikke antages at omfatte konsumis, der oplagres i private frysere i forbrugernes hjem, idet disse is ikke står til rådighed til dækning af et behov uden for hjemmet, navnlig et behov, der opstår impulsivt, og da de kun til en vis grad er substituerbare med de produkter, der sælges på offentlige steder (jf. dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, præmis 48 og 49). Der er tale om is i familiepakninger, der som regel købes med henblik på opbevaring i hjemmet, og småis, der leveres på bopælen. Kommissionen har herved efter Rettens opfattelse med rette i det konkrete tilfælde lagt afgørende vægt på indtagelsesstedet ved afgrænsningen af markedet, da der er tale om produkter, der uden mulighed for nedkøling kun kan opbevares i meget kort tid, og som derfor nødvendigvis må indtages meget tæt på det sidste sted med mulighed for kølig opbevaring.

65 Hvad endelig angår is, der sælges i multipakninger, bemærkes, at denne type is normalt sælges af levnedsmiddelforretninger med henblik på oplagring i hjemmet og af ambulante butikker. Den står således ifølge Kommissionen normalt ikke til rådighed til dækning af et impulsivt opstået behov uden for hjemmet. Sagsøgeren — der alene har gjort gældende, at en del af de småis, der hidrører fra multipakninger, indtages dér, hvor de bliver købt, hvilket kan være på offentlige steder, uden at selskabet dog har fremlagt tal til belysning heraf — er ikke fremkommet med tilstrækkelig faktiske oplysninger til at rejse tvivl om det af Kommissionen anførte. Kommissionen har derfor med rette holdt is, der sælges i multipakninger, uden for det relevante marked.

66 Som det fremgår af betragtning 84 ff. til beslutningen, finder Kommissionen, under hensyntagen til de forskelligartede konkurrenceforhold, som der er tale om i de forskellige distributionsled og distributionskanaler, der eksisterer sideløbende, og gennem hvilke de pågældende produkter når frem til forbrugeren, at det endvidere er nødvendigt at holde dels enhver form for håndværksmæssigt fremstillet is, som sælges på offentlige steder uden at være del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, dels industrielt fremstillet storforbrugeris uden for det relevante marked. Det anføres som begrundelse herfor, at den håndværksmæssigt fremstillede is ikke er et handelsobjekt på markedet vedrørende salg til detailhandlere, mens det for storforbrugerisens vedkommende gælder, at den på flere punkter adskiller sig fra industrielt fremstillet småis.

67 For så vidt angår den håndværksmæssigt fremstillede is bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at denne form for is normalt udbydes til salg på produktionsstedet eller i nærheden heraf. Den er således ikke omfattet af de omtvistede leveringsaftaler, idet håndværksmæssigt fremstillet is hverken udbydes til eller efterspørges af de forskellige former for detailhandlere, hvilket ikke er bestridt af sagsøgeren. Under disse omstændigheder findes vurderingen af de virkninger for konkurrencen, de omtvistede leveringsaftaler kan have, navnlig i relation til adgangen til detailhandelen, ikke at ville være anderledes, såfremt man anså denne form for is for omfattet af produktmarkedet. Kommissionen har derfor med rette holdt den uden for produktmarkedet.

68 For så vidt angår den industrielt fremstillede storforbrugeris til udmåling i enkeltportioner, dvs. »scooping-isen«, bemærkes, at der i betragtning 87, 88 og 89 til beslutningen er angivet tre grunde til, at denne form for is er holdt uden for produktmarkedet. For det første anføres det i beslutningen, at detailhandelen har forskellige distributionsfunktioner, som er betinget af de forskelligartede produktegenskaber, og som medfører, at de to produktgruppers distributionskanaler kun berører hinanden perifert. For det andet hedder det i beslutningen, at den yderligere forarbejdningsproces, der kræves i forbindelse med »scooping-is«, nemlig udmålingen i portioner, medfører, at småis og »scooping-is« udelukkende udbydes sammen i nævneværdigt omfang inden for restaurationsbranchen. Levnedsmiddelhandelen og den traditionelle specialhandel, der sælger langt den største del af de industrielt fremstillede småis, er i øvrigt normalt ikke indrettet på at skulle sælge storforbrugeris. For det tredje nævnes det i beslutningen, at der også er produktionstekniske forskelle mellem de to produktkategorier.

69 Kommissionen er imidlertid ikke fremkommet med oplysninger, som godtgør, at der er tale om forskellige efterspørgselsstrukturer for de to produktkategorier — som omhandlet i dommen i sagen Michelin mod Kommissionen — der i sig selv kan begrunde, at markedet afgrænses således, at »scooping-is«, som sælges på offentlige steder, holdes udenfor. Der er ganske vist tale om forskellige distributionskanaler, men dette er i det foreliggende tilfælde ikke i sig selv tilstrækkeligt til at holde storforbrugeris, der udmåles i enkeltportioner med henblik på indtagelse uden tilknytning til en restaurationsmæssig tjenesteydelse, uden for markedet. Retten finder herved, at sagsøgeren med rette har gjort gældende, at den udmåling i enkeltportioner, en handlende inden for den traditionelle handel foretager, ikke udgør en restaurationsmæssig tjenesteydelse som omhandlet i Delimitis-dommen. Desuden har Kommissionen ikke godtgjort, at udmålingen i portioner påvirker forbrugerens valg mellem »scooping-is« og småis på de salgssteder, hvor disse former for is udbydes sammen, dvs. på offentlige steder. Kommissionen har således selv anført, at de to former for is ud fra forbrugerens synsvinkel er ensartede

produkter (jf. ovenfor, præmis 62). Endvidere findes den omstændighed, at der kan være en produktionsteknisk forskel mellem de to produkter, ikke i sig selv at være tilstrækkelig til, at der kan sondres mellem to særskilte markeder, da den pågældende forskel ikke tillægges afgørende vægt af forbrugeren.

70 Endvidere bemærkes, at det fremgår af sagens akter — navnlig de oplysninger om salget inden for den traditionelle handel, som sagsøgeren er fremkommet med på baggrund af de af Retten stillede spørgsmål — at ca. 22% af den omhandlede form for is sælges på offentlige steder uden at være en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse, dvs. i den traditionelle specialhandel. Der er tale om ca. halvdelen af den samlede mængde is, der sælges i den traditionelle handel. Det fremgår nemlig ligeledes af de af sagsøgeren givne svar, at ikke blot kiosker, men også bagerforretninger/konditorier, konfekturebutikker, isbutikker, biografer, svømmehaller, tankstationer og små levnedsmiddelforretninger har det nødvendige udstyr til at sælge »scooping-is«, idet disse salgssteder samtidig er i stand til at tilbyde småis. Kommissionen har — i det mindste indirekte — under den skriftlige forhandling anerkendt, at en del af storforbrugerisen tilbydes som »scooping-is« til indtagelse »fra hånden« uden at være en del af en restaurationsmæssig tjenesteydelse.

71 Spørgsmålet er herefter, om Kommissionen burde have medtaget den del af storforbrugerisen, der udmåles i enkeltportioner og sælges i konkurrence med småis på offentlige steder fra forskellige former for salgssteder, idet disse to produktkategorier er indbyrdes substituerbare ud fra forbrugerens synspunkt. Det fremgår imidlertid af betragtning 141 til beslutningen, som sagsøgeren ikke har anfægtet, at storforbrugeris inden for den traditionelle handel distribueres i henhold til eksklusive købsaftaler. Retten finder på den baggrund, at beslutningen om at holde »scooping-is« uden for det relevante marked, ikke i væsentlig grad har ændret vurderingen af de omtvistede leveringsaftalers virkninger for konkurrencen, navnlig med hensyn

til spørgsmålet om, hvorvidt adgangen til markedet var lukket eller i betydeligt omfang hindret som følge af aftalerne. Beslutningen bør således efter Rettens opfattelse ikke annulleres, fordi »scooping-isen« er holdt uden for det relevante marked.

72 Anbringendet første led om en forkert afgrænsning af markedet kan herefter, uden at det er nødvendigt at foretage de af sagsøgeren foreslåede vidneafhøringer, ikke tiltrædes.

Anbringendets andet led om de eksklusive købsaftalers virkninger for konkurrencen

Sammenfatning af parternes argumentation

73 Sagsøgeren har under henvisning til den administrative skrivelse gjort gældende, at leveringsaftalerne »selv under hensyntagen til antallet af lignende aftaler navnlig ikke medfører, at konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer udelukkes«, og at de derfor er forenelige med traktatens artikel 85, stk. 1.

74 Sagsøgeren har til støtte herfor anført, at der ved afgørelsen af, om de af såvel sagsøgeren som selskabets konkurrenter indgåede eksklusive købsaftaler medfører, at konkurrencen hindres, begrænses, eller fordrejes, jf. traktatens artikel 85, stk. 1, ifølge retspraksis først skal tages hensyn til antallet af salgssteder, der er bundet af sådanne aftaler, i forhold til antallet af frie salgssteder, mængderne af produkter, der sælges gennem de således bundne salgssteder, og aftalernes varighed (jf. Delimitis-dommen).

75 Hvad angår bindingsgraden har sagsøgeren anført, at denne, hvad enten man følger den af Kommissionen foretagne afgrænsning af markedet eller den af sagsøgeren foreslåede, med udgangspunkt i de oplysninger, beslutningen er baseret på, er mindre end 30%, hvilket Kommissionen har betegnet som acceptabelt i sin administrative skrivelse og i sin *Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985, punkt 19.

76 Sagsøgeren finder derfor, at Kommissionen med urette i betragtning 130 til beslutningen fastslår, at bindingsgraden er (...)%, hvilket kun kan skyldes, at Kommissionen ikke har fulgt den hidtil herskende definition af dette begreb. Kommissionen har med henblik på fastsættelsen af bindingsgraden kun lagt vægt på de mængder is, der sælges af sagsøgeren i den traditionelle handel.

77 For så vidt angår leveringsaftalernes gennemsnitlige løbetid har sagsøgeren anført, at denne kun ligger på ca. to et halvt år, dvs. halvdelen af det i henhold til forordning nr. 1984/83 tilladte tidsrum på fem år. Salgsstedsindehaverne opsiger nemlig som hovedregel deres kontrakter hurtigst muligt med henblik på at kunne forhandle om bedre vilkår.

78 Sagsøgeren har endvidere henvist til, at Domstolen i Delimitis-dommen udtalte, at forekomsten af en række ensartede aftaler — selv om mulighederne for at få adgang til markedet påvirkes væsentligt — ikke i sig selv kan anses for tilstrækkelig til at fastslå, at det relevante marked er utilgængeligt. Der skal lægges vægt på samtlige retlige og faktiske omstændigheder. Dette gælder ifølge sagsøgeren også, når der er tale om eksklusive købsaftaler indgået af en virksomhed, der har en stærk stilling på markedet. Sagsøgeren har i øvrigt tilføjet, at selskabets markedsandel er klart mindre end den, der er angivet i betragtning 95 til beslutningen.

79 Hvad angår kravet om, at der skal lægges vægt på samtlige faktiske og retlige omstændigheder, har sagsøgeren gjort gældende, at der i beslutningen er set bort fra visse væsentlige forhold omkring den frie adgang til salgsstederne.

80 For det første findes der ifølge sagsøgeren adskillige salgssteder, der ikke er bundet af eksklusive købsaftaler. Mange af disse salgssteder er umiddelbart tilgængelige for enhver konkurrent. Hertil kommer, at enhver producent, som er parat til at foretage de nødvendige investeringer, har mulighed for at oprette nye salgssteder.

81 For det andet har Kommissionen tillige undladt at tage tilstrækkeligt hensyn til, at konsumismarkedet har oplevet en hurtig vækst i løbet af de seneste år, navnlig i det tidligere DDR. En oprettelse af nye salgssteder forudsætter imidlertid, at producenten kan tilbyde et stort udvalg af is, levere de krævede ydelser med hensyn til distribution og stille de med henblik på oplagring af produkterne nødvendige frysekummer til rådighed for salgsstederne i den traditionelle specialhandel.

82 De vanskeligheder, Mars har haft med at trænge ind på markedet, skyldes således ikke de eksklusive købsaftaler, sagsøgeren og dennes konkurrenter har indgået, men derimod den strategi, Mars har valgt, og som bl.a. består i at undgå at foretage de nødvendige investeringer og i kun at udvide sine aktiviteter i forhold til de salgssteder, der allerede sælger konsumis.

83 Sagsøgeren har for det tredje i relation til de andre hindringer for adgangen til markedet, som af Kommissionen i betragtning 135 til beslutningen hævdes at foreligge — nemlig den for produktionen af småis nødvendige teknologi og de forbrugerpræferencer, der er opbygget gennem store udgifter til reklame i årenes løb —

anført, at Mars helt utvivlsomt har de — teknologiske og andre — midler, der er nødvendige for at producere konsumis, og at selskabet kan drage fordel af sin store berømthed, som er større end sagsøgerens.

84 Under disse omstændigheder kan det eksisterende kompleks af eksklusive købsaftaler ifølge sagsøgeren ikke siges at lukke eller skabe hindringer for adgangen til den traditionelle specialhandel.

85 Kommissionen har i betragtning 71-74 til beslutningen først givet udtryk for, at den eksklusive købsforpligtelse, sagsøgeren pålægger forhandlerne, både begrænser konkurrencen mellem varer af samme mærke og konkurrencen mellem varer af forskellige mærker. På grund af dette aftalemæssige forbud må forhandleren ifølge Kommissionen se bort fra tilbud om varer fra andre leverandører. Efter Kommissionens opfattelse vanskeliggør eller forhindrer de eksklusive købsforpligtelser dannelsen af uafhængige distributionsstrukturer, som er nødvendige, hvis nye konkurrenter skal kunne komme ind på det pågældende marked, eller hvis en virksomhed skal kunne styrke en allerede opnået markedsposition. Aftalens påbud om udelukkende at indkøbe de varer, der er omfattet af aftalen, er samtidig et forbud mod at sælge konkurrerende varer. Kombinationen af disse to elementer forstærker i det foreliggende tilfælde den konkurrencebegrænsende virkning.

86 Kommissionen har dernæst i betragtning 104 til beslutningen anført, at sagsøgerens omsætning og den del af markedet, der er berørt af de omtvistede leveringsaftaler, klart overskrider de grænser, der er opstillet i Kommissionens meddelelse vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT 1986 C 231, s. 2, herefter benævnt »bagatelmeddelelsen«). Alene disse omstændigheder fører til den konklusion, at leveringsaftalerne mærkbart begrænser mulighederne for, at

tyske konkurrenter og konkurrenter fra andre medlemsstater kan komme ind på det relevante marked eller forøge deres andel på dette marked, og at de derfor falder ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Der er efter Kommissionens opfattelse i det foreliggende tilfælde ikke grund til at undersøge virkningerne af tilsvarende aftalekomplekser, som andre virksomheder har indgået på det relevante marked.

87 Kommissionen har under såvel den skriftlige som den mundtlige forhandling tilføjet, at der i henhold til retspraksis kun skal tages hensyn til samtidigt eksisterende aftalekompleksers kumulative virkninger, såfremt det kompleks af ensartede aftaler, der er indgået af den virksomhed, som er genstand for den konkurrenceretlige undersøgelse, ikke i sig selv opfylder betingelsen om en mærkbar påvirkning, (jf. dom af 12.12.1967, sag 23/67, Brasserie de Haecht, Sml. 1965-1968, s. 421, org. ref.: Rec. s. 525, og Delimitis-dommen, nævnt ovenfor).

88 Intervenienten, Mars, har anerkendt, at bindingsgraden ligger på mellem 25% og 30%, hvad enten Kommissionens eller sagsøgerens afgrænsning af markedet lægges til grund. Tallet afspejler imidlertid ikke de reelle markedsvilkår i den traditionelle handel, da beregningerne hviler på et gennemsnit.

89 Der bør efter Mars' opfattelse særlig ses på situationen inden for den traditionelle handel, da over 60% af alle småis sælges på dette marked, og da sagsøgeren kun har indgået leveringsaftaler på denne del af det relevante marked.

90 I den traditionelle handel var bindingsgraden i 1990 efter intervenientens beregninger over 70%. Desuden skal der ifølge Mars tages hensyn til sagsøgerens markeds-

andele og koncentrationsgraden. Sagsøgeren havde i 1992 en markedsandel på 60% for så vidt angår salg af småis i den traditionelle handel. Schöller's markedsandel var 33,4%. Disse to store producenter havde således tilsammen en markedsandel på over 90%. Der er ifølge Mars ingen tvivl om, at sagsøgeren og Schöller har en dominerende stilling på det pågældende marked. Det kan derfor ikke seriøst bestrides, at de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

91 Desuden har en ny konkurrent på markedet det problem, at der for den detailhandler, der er bundet af en eksklusivaftale, er tale om en »alt eller intet-afgørelse«. De færreste handlende er parate til at give afkald på den dominerende virksomheds produkter og skifte til den nye konkurrents mindre kendte produkter.

92 Alene den omstændighed, at Mars inden for levnedsmiddeldetailhandelen efter eget udsagn for så vidt angår multipakninger, i forbindelse med hvilke der ikke findes nogen eksklusive købsaftaler, har en markedsandel på ca. 17%, som dermed er ti gange større end selskabets markedsandel med hensyn til salget af isbarer i den traditionelle handel (ca. 1,7%), er et tilstrækkeligt bevis for, at adgangen til den traditionelle handel er lukket.

93 Over for det af sagsøgeren anførte om, at det relevante marked er ekspanderende, har Mars anført, at der ved bedømmelsen af, hvilke muligheder en virksomhed, der går ind på markedet, har for at få adgang til den traditionelle specialhandel, generelt ikke kan lægges vægt på den teoretiske mulighed for at oprette salgssteder. Mars har herved henvist til, at de mest interessante salgssteder ud fra et økonomisk synspunkt netop er bundet af eksklusive købsaftaler.

Rettens bemærkninger

94 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i betragtning 71, 72 og 73 til beslutningen med rette har lagt til grund, at den i leveringsaftalerne indeholdte klausul, hvorefter detailhandleren forpligter sig til kun at forhandle varer, der er købt direkte hos sagsøgeren, både indeholder en eksklusiv købsforpligtelse og et konkurrenceforbud, som tilsammen kan medføre en begrænsning af konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, såvel mellem varer af samme mærke som mellem varer af forskellige mærker.

95 Retten skal på den baggrund undersøge, om Kommissionen har godtgjort, at de omtvistede leveringsaftaler — som antaget i beslutningen — påvirker konkurrencen på markedet mærkbart.

96 Sagsøgeren har en stærk stilling på det relevante marked. Som det fremgår af sagens akter, havde sagsøgeren, der er et datterselskab af Deutsche Unilever GmbH — et selskab under den internationale Unilever-koncern, som er blandt verdens største producenter af forbrugsgoder — i 1990 og 1991 en omsætning på konsumisområdet på over 1 mia. DM. I henhold til betragtning 27, 33 og 95 til beslutningen var sagsøgerens andel af det relevante marked i 1991 ca. (...)% (over 45%) i såvel levnedsmiddelhandelen som den traditionelle handel. Det bemærkes herved, at sagsøgeren ganske vist har bestridt, at selskabet havde en sådan markedsandel, da markedet efter dets opfattelse skal afgrænses mere bredt, således at det omfatter enhver form for industrielt eller håndværksmæssigt fremstillet konsumis, men at selskabet ikke udtrykkeligt har bestridt, at det havde den andel af markedet for industrielt fremstillede småis, som Kommissionen lagde til grund på baggrund af den af denne

foretagne afgrænsning af markedet. Hvad angår de omtvistede aftalers kvantitative betydning på de relevante marked bemærkes, at det fremgår af sagens akter, at ca. (...)% (over 15%) af salgsstederne på hele det relevante marked som defineret af Kommissionen er bundet til sagsøgeren, og at sagsøgerens salg gennem disse salgssteder ligeledes udgør (...)% (over 15%) af det samlede salg på markedet.

97 Ifølge Kommissionen giver de sidstnævnte oplysninger tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at aftalerne mærkbart begrænser de muligheder, tyske konkurrenter og konkurrenter fra andre medlemsstater har for at etablere sig på det relevante marked eller øge deres andel heraf, uden at det er nødvendigt at undersøge den kumulative virkning af andre konsumisleverandørers tilsvarende aftalekomplekser, da den af de omtvistede aftaler berørte del af markedet, som allerede udgør (...)% (over 15%) af det relevante marked, og de involverede virksomheders omsætning klart ligger over de grænser, der er opstillet i bagatelmeddelelsen.

98 Denne meddelelse sigter imidlertid kun mod at definere de aftaler, som ifølge Kommissionen ikke påvirker konkurrencen eller handelen mellem medlemsstater mærkbart. Det kan efter Rettens opfattelse ikke på baggrund af meddelelsen med sikkerhed konkluderes, at et kompleks af eksklusive købsaftaler automatisk må siges at kunne hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen mærkbart, allerede fordi de i meddelelsen fastsatte grænser er overskredet. I øvrigt viser selve ordlyden af meddelelsens punkt 3, at det i konkrete tilfælde absolut er muligt, at også aftaler mellem virksomheder, som overskrider de angivne grænser, kun påvirker handelen mellem medlemsstater eller konkurrencen i ubetydeligt omfang og som følge heraf ikke falder ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

99 I relation til spørgsmålet om, hvorvidt de eksklusive købsaftaler falder ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, skal det i henhold til retspraksis undersø-

ges, om vurderingen af alle lignende aftaler, der findes på det relevante marked, og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder omkring de pågældende aftaler fører til, at aftalerne tilsammen bevirker, at nye inden- og udenlandske konkurrenter hindres adgang til markedet. Såfremt undersøgelsen viser, at dette ikke er tilfældet, vil de enkelte aftaler, som aftalekomplekset består af, ikke kunne antages at begrænse konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1. Fører undersøgelsen derimod til, at markedet er vanskeligt tilgængeligt, må det dernæst vurderes, i hvilket omfang de omtvistede aftaler bidrager til den kumulative virkning, idet det kun er de aftaler, der i væsentligt omfang bidrager til en eventuel afskærmning af markedet, der er forbudt (jf. Delimitis-dommen, præmis 23 og 24).

100 Endvidere bemærkes, at det ved vurderingen af en eksklusiv købsaftales virkninger — som fastslået af Domstolen i sagen Brasserie de Haecht (jf. ovenfor) — er nødvendigt at tage hensyn til den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalen indgår i, og hvor den sammen med andre aftaler kan have en kumulativ virkning for konkurrencen.

101 Det fremgår desuden af Domstolens praksis, at betydningen af et kompleks af eksklusive købsaftaler for adgangen til markedet navnlig afhænger af antallet af salgssteder, der således er kontraktligt bundet til producenter, i forhold til antallet af frie detailhandlere, af de mængder, der er omfattet af de pågældende forpligtelser, og af forholdet mellem disse mængder og dem, der sælges af detailhandlere som ikke er bundet af købsforpligtelser. Desuden udgør den bindingsgrad, der følger af et kompleks af eksklusive købsaftaler — selv om den har en vis betydning ved bedømmelsen af afskærmningen af markedet — kun én omstændighed blandt flere i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori en aftale eller, som i det foreliggende tilfælde, et aftalekompleks skal bedømmes (jf. Delimitis-dommen, præmis 19 og 20).

102 Bindingsgraden skal efter Rettens opfattelse i det foreliggende tilfælde fastlægges under hensyntagen til mulighederne for at få adgang til detailhandlerne på hele det

relevante marked, således som det er blevet afgrænset af Kommissionen, dvs. såvel den traditionelle handel som levnedsmiddelhandelen, idet markedsafgrænsningen har til formål at fastlægge de rammer, inden for hvilke de omtvistede aftalers virkninger for konkurrencen skal bedømmes.

103 Retten skal herved først bemærke, at man — som anført ovenfor (præmis 96) — ud fra omfanget af salget af småis på det relevante marked når frem til en bindingsgrad på ca. (...)% (over 15%), som kan tilskrives de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler, og at bindingsgraden ud fra forholdet mellem antallet af salgssteder, der er bundet til sagsøgeren, og det samlede antal salgssteder udgør ca. (...)% (over 15%).

104 Hvad angår den kumulative virkning af andre tilsvarende aftaler på markedet bemærkes dernæst, at de tilsvarende eksklusive købsaftaler, der er indgået af Schöller — den anden store isproducent i Tyskland — dækker ca. (...)% (over 10%) af det relevante marked, hvad enten der tages hensyn til procentdelen af salgssteder, der er bundet til selskabet, eller omfanget af salget gennem disse salgssteder.

105 Det kan herefter fastslås, at de to største producenters komplekser af eksklusive købsaftaler berører ca. (...)% af markedet, hvilket ligger over den bindingsgrad på 30%, som af Kommissionen blev betragtet som acceptabel ved fremsendelsen af den administrative skrivelse til Schöller, som senere blev kommenteret i punkt 19 i den *Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken* for 1985.

106 Bindingsgraden er imidlertid som nævnt (jf. ovenfor, præmis 101) kun én omstændighed blandt flere i den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori et aftalekompleks skal bedømmes. Der skal desuden foretages en undersøgelse af de bestående vilkår på markedet og navnlig af nye konkurrenters reelle og konkrete muligheder

for at trænge ind på dette på trods af det eksisterende kompleks af eksklusive købsaftaler.

107 Kommissionen har i denne forbindelse henvist til, at der findes yderligere væsentlige hindringer for adgangen til markedet, såvel i levnedsmiddelhandelen som i den traditionelle handel. Det fremgår således af betragtning 135-138 til beslutningen, at nye konkurrenters adgang til markedet vanskeliggøres ved, at der findes en låneordning omfattende et stort antal frysekummer, som sagsøgeren stiller til rådighed for detailhandlere i såvel levnedsmiddelhandelen som den traditionelle handel (i alt ca. (...), heraf (...) i den traditionelle handel og (...) i levnedsmiddelhandelen, jf. betragtning 58 til beslutningen) på den betingelse, at detailhandlerne forpligter sig til udelukkende at benytte dem til sagsøgerens varer.

108 Retten finder, at Kommissionen med rette har lagt til grund, at der herved er tale om en omstændighed, der er med til at vanskeliggøre adgangen til markedet. Ordningen medfører nemlig nødvendigvis, at enhver ny konkurrent, der går ind på markedet, enten skal overbevise detailhandleren om at skifte den af sagsøgeren opstillede frysekumme ud med en anden, hvilket indebærer et afkald på den omsætning, der skabes med den tidligere leverandørs produkter, eller få detailhandleren til at acceptere, at der opstilles yderligere en frysekumme, hvilket kan vise sig at være umuligt, navnlig på grund af pladsmangel hos de små salgssteder. Hvis den nye konkurrent kun kan tilbyde et begrænset vareudvalg, hvilket er tilfældet for intervenientens vedkommende, kan det desuden være vanskeligt for ham at overtale detailhandleren til at opsige kontrakten med den tidligere leverandør.

109 Hertil kommer, at det fremgår af sagens akter, at sagsøgeren inden for levnedsmiddelhandelen i hvert fald indtil 1992-sæsonen gennem ydelse af rabatter har sikret en eksklusiv købsforpligtelse for (...)% af salget af småis.

110 Det fremgår desuden af sagens akter, at der inden for den traditionelle handel findes et stort antal selvstændige detailhandlere, hvis gennemsnitlige omsætning er forholdsvis beskeden. En ny konkurrent kan således kun oprette et rentabelt distributionssystem, hvis der inden for et bestemt geografisk område samles et stort antal detailhandlere, som kan få varerne leveret fra regionale depoter eller centrallagre. Den omstændighed, at der mangler et uafhængigt mellemled, medfører, at opsplitningen af efterspørgslen udgør en yderligere hindring for adgangen til markedet. Endelig har Kommissionen med rette taget hensyn til, at sagsøgerens varer sælges under nogle meget kendte mærker.

111 På den baggrund og i betragtning af de omtvistede aftalers faktiske løbetid, som er ca. to et halvt år, finder Retten, at de af sagsøgeren indgåede eksklusive købsaftaler i lyset af de tilsvarende aftaler, der er indgået på det relevante marked, og de øvrige omstændigheder i den økonomiske og retlige sammenhæng, aftalerne indgår i, som defineret ovenfor i præmis 107-110, kan påvirke konkurrencen mærkbart, som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.

112 I betragtning af sagsøgerens stærke position på det relevante marked, navnlig selskabets markedsandel, finder Retten, at aftalerne i betydelig grad bidrager til en afskærmning af markedet.

113 På baggrund af det anførte er det således Rettens opfattelse, at Kommissionen med rette har lagt til grund, at de omtvistede aftaler medfører en mærkbar begrænsning af konkurrencen på de relevante marked. Der er følgelig ikke anledning til at foretage de af sagsøgeren og intervenienten foreslåede vidneafhøringer i så henseende.

114 Anbringendets andet led kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendets tredje led om manglende påvirkning af handelen mellem medlemsstater

Sammenfatning af parternes argumentation

115 Sagsøgeren har gjort gældende, at leveringsaftalerne ikke kan have en mærkbar negativ indflydelse på handelen mellem medlemsstaterne. Den eksklusive købsforpligtelse kan nemlig kun have en sådan virkning, såfremt der blev foretaget reimport gennem udenlandske mellemhandlere, hvilket ifølge sagsøgeren ikke er tilfældet og sandsynligvis heller ikke vil ske i fremtiden.

116 For så vidt angår det konkurrenceforbud, som aftalerne indeholder, har sagsøgeren endvidere gjort gældende, at Kommissionen ikke er fremkommet med noget bevis for, at der i andre medlemsstater findes virksomheder, som ønsker at sælge deres produkter på det tyske marked, og at de få grænseoverskridende leverancer af konsumis, der finder sted, for størstepartens vedkommende er interne leverancer inden for en koncern af virksomheder, hvorfor der ikke er tale om handel mellem medlemsstater som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1. Sagsøgeren har herved under henvisning til betragtning 75 til beslutningen tilføjet, at en tysk virksomhed ikke bliver til en fransk virksomhed, fordi den fremstiller de produkter, der er beregnet for det tyske marked, i Frankrig.

117 Kommissionen fastslår i beslutningen, at den eksklusive købsforpligtelse og det konkurrenceforbud, som de omtvistede aftaler indeholder, udgør en begrænsning af konkurrencen, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, da aftalerne fører til en afskærmning af det tyske marked mod is fra andre medlemsstater, såsom i det foreliggende tilfælde mod Mars' is, som fremstilles i Frankrig.

118 Kommissionen har endelig anført, at den i henhold til retspraksis ikke behøver at bevise, at aftalerne faktisk har påvirket handelen mellem medlemsstaterne mærkbart. Den har henvist til, at traktatens artikel 85, stk. 1, ikke kræver bevis herfor, »hvilket i øvrigt i de fleste tilfælde vil være vanskeligt at godtgøre i fornødent omfang, hvorimod artiklen kræver bevis for, at disse aftaler kan have en sådan virkning« (jf. Domstolens dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller mod Kommissionen, Sml. s. 131).

Rettens bemærkninger

119 Indledningsvis bemærkes, at en aftale i henhold til Domstolens og Rettens faste praksis kun kan påvirke handelen mellem medlemsstater som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt det på grundlag af alle faktiske og retlige omstændigheder kan forudsiges med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed, at den vil kunne øve en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelen mellem medlemsstater, således at den vil kunne hindre, at der skabes et indre marked mellem medlemsstater (jf. senest Rettens dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 39; jf. også Domstolens dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22).

120 Retten finder herved, at den kumulative virkning af et kompleks af eksklusive købsaftaler, som strækker sig over hele en medlemsstats område og dækker ca. (...)% af det relevante marked, (jf. ovenfor, præmis 105), kan forhindre konkurrenter fra andre medlemsstater i at trænge ind på markedet og dermed styrke afskærmningen af de nationale markeder, hvorved den med traktaten tilstræbte sammenkædning af økonomierne hæmmes (jf. i samme retning Domstolens dom af

17.10.1972, sag 8/72, Cementhandelaren mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 251, org. ref.: Rec. s. 977).

121 Det fastslås således med rette i beslutningen, jf. betragtning 75, at de omtvistede aftaler fører til en afskærmning af det tyske marked mod is fra andre medlemsstater, f.eks. mod Mars' is, som fremstilles i Frankrig.

122 Hvad angår sagsøgerens argument om, at der for intervenienten Mars' vedkommende er tale om interne grænseoverskridende leverancer inden for en koncern af virksomheder, som ikke udgør handel mellem medlemsstater, bemærkes, at sådanne leverancer i henhold til Domstolens praksis kan påvirke handelen mellem medlemsstater. Domstolen har således i sin dom af 10. december 1985, forenede sager 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen (Sml. s. 3831, præmis 49), udtalt, at selv om der ikke er tale om en afskærmning af markederne, berører prisaftaler mellem virksomheder med hjemsted i en medlemsstat, som kun omfatter markedet i denne stat, handelen mellem medlemsstater som omhandlet i traktatens artikel 85, når de — selv kun delvis — vedrører en vare hidrørende fra en anden medlemsstat, også selv om deltagerne har erhvervet varen hos et selskab i deres koncern.

123 Den pågældende retspraksis finder efter Rettens opfattelse også anvendelse på grænseoverskridende leverancer fra en virksomhed, som ikke har indgået eksklusive købsaftaler.

124 Anbringendets tredje led kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendets fjerde led om Kommissionens påståede pligt til at foretage en opdeling af de enkelte aftaler, således at en del af aftalerne ikke rammes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1

Sammenfatning af parternes argumentation

125 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke med hjemmel i artikel 3 i forordning nr. 17 kan forbyde eksklusive købsaftaler, som ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1. Det følger efter sagsøgerens opfattelse af Delimitis-dommen, jf. ovenfor, at visse eksklusive købsaftaler eller en vis kategori af sådanne aftaler, hvordan det end fastlægges, hvilke aftaler eller hvilken kategori af aftaler der er tale om, ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1. Det er derfor med urette, at Kommissionen i betragtning 107 til beslutningen har forbudt samtlige eksisterende aftaler uden at undersøge eller fastlægge, hvilken del af aftalerne der falder ind under anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1.

126 Det er ifølge sagsøgeren heller ikke korrekt, at traktatens artikel 85, stk. 2, af retssikkerhedsgrunde er til hinder for en opdeling af de aftaler, der indgår i et aftalekompleks, hvilket klart fremgår af Rettens præsidents kendelse af 16. juni 1992 i den sag, der gik forud for nærværende sags anlæg (jf. ovenfor, præmis 8).

127 Kommissionen har anført, at den mærkbare påvirkning af konkurrencen i det foreliggende tilfælde — som anført i betragtning 107 til beslutningen — har relation til alle de af sagsøgeren indgåede leveringsaftaler. Når der foreligger et kompleks af aftaler af samme art indgået af én og samme producent, må spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en mærkbar påvirkning, afgøres ud fra en samlet vurdering, idet det ikke er muligt at holde visse dele af aftalekomplekset udenfor. Traktatens

artikel 85, stk. 1, tillader ikke, at enkeltaftaler eller aftalekomplekser opdeles på en sådan måde, at en »ikke-mærkbar« del holdes uden for det i bestemmelsen indeholdte forbud, idet en sådan opdeling i øvrigt er vilkårlig.

128 Kommissionen har tilføjet, at traktatens artikel 85, stk. 2, af retssikkerhedsgrunde er til hinder for en opdeling, især i forbindelse med aftalekomplekser.

Rettens bemærkninger

129 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at et kompleks af eksklusive købsaftaler indgået af en enkelt leverandør kan falde uden for forbuddet i artikel 85, stk. 1, såfremt det ikke sammen med alle lignende aftaler på markedet, herunder aftaler indgået af andre leverandører, i væsentlig grad bidrager til, at nye inden- og udenlandske konkurrenter hindres adgang til markedet (jf. Delimitis-dommen, præmis 23 og 24). Når der er tale om et kompleks af ensartede aftaler indgået af en enkelt producent, skal vurderingen af aftalekompleksets virkninger for konkurrencen således efter Rettens opfattelse omfatte alle de enkelte aftaler, komplekset består af. Desuden har Kommissionen med henblik på vurderingen af, om traktatens artikel 85, stk. 1, finder anvendelse, pligt til at undersøge de reelle forhold i det konkrete tilfælde, idet den ikke kan basere sig på hypotetiske situationer. Retten finder herved, at en opdeling af de omtvistede aftaler i forskellige hypotetiske kategorier i det foreliggende tilfælde — som anført af Kommissionen — vil kunne være vilkårlig.

130 Hvad dernæst angår Rettens præsidents kendelse af 16. juni 1992, jf. ovenfor, som sagsøgeren har påberåbt sig til støtte for, at retsikkerhedshensyn ikke er til hinder for en opdeling af selskabets aftaler, bemærkes, at den pågældende kendelse, hvorved gennemførelsen af Kommissionens beslutning af 25. marts 1992 blev udsat,

undtagen for så vidt angår de salgssteder på servicestationer, som var bundet af eksklusive købsaftaler med sagsøgeren og Schöller, blev afsagt i en sag om foreløbige forholdsregler. Den foreløbige forholdsregel, som blev truffet ud fra en afvejning af parternes forskellige interesser, skulle udelukke risikoen for et alvorligt og uopretteligt tab for såvel Mars som sagsøgeren. Kendelsen havde således et særligt formål, og den findes derfor ikke at kunne påberåbes til støtte for, at Kommissionen havde pligt til at opdele de enkelte aftaler med henblik på vurderingen af, om de faldt ind under traktatens artikel 85, stk. 1.

131 Retten finder således, at et kompleks af ensartede aftaler skal vurderes samlet, og at Kommissionen derfor med rette ikke foretog en opdeling af aftalerne. Det pågældende led i anbringendet må dermed forkastes.

132 Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1, kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3

133 Sagsøgeren har for det tilfælde, at de omtvistede aftaler — i modsætning til, hvad der er selskabets opfattelse — må anses for at falde ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, gjort gældende, at aftalerne er omfattet af en gruppefritagelse i henhold til forordning nr. 1984/83 eller burde kunne gives en individuel fritagelse. Anbringendet indeholder fire led. Sagsøgeren finder for det første, at Kommissionen med urette har lagt til grund, at de omtvistede aftaler er indgået for et ubestemt tidsrum, og at de derfor ikke er omfattet af fritagelsen i henhold til forordning

nr. 1984/83, jf. dennes artikel 3, litra d). Sagsøgeren har for det andet anført, at Kommissionen ikke kunne lade fordelen ved fritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83 bortfalde i medfør af forordningens artikel 14, litra a) og b), eftersom disse bestemmelser ikke kan finde anvendelse i det foreliggende tilfælde, da de efter sagsøgerens opfattelse er ugyldige. Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at selv om det måtte lægges til grund, at de nævnte bestemmelser er anvendelige, var Kommissionen ikke berettiget til at lade fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde, eftersom betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, er opfyldt. Selskabet har herved i øvrigt anført, at der kan gives en individuel fritagelse for aftalerne. Endelig har sagsøgeren for det fjerde gjort gældende, at Kommissionen ved at lade fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde for alle de omtvistede aftaler har tilsidesat proportionalitetsprincippet.

Anbringendets første led om de omtvistede aftalers løbetid

Sammenfatning af parternes argumentation

134 Sagsøgeren har i relation til de eksklusive købsaftalers løbetid indledningsvis anført, at den faste løbetid på to år, der er fastsat i visse af de omtvistede aftaler, på trods af klausulen om automatisk forlængelse med et år i praksis svarer til den faktiske løbetid, idet indehaverne af salgsstederne opsiger deres aftale så hurtigt som muligt for at forsøge at opnå en forbedring af aftalevilkårene, og at Kommissionen derfor med urette har lagt til grund, at alle leveringsaftalerne er indgået for et ubestemt tidsrum og således ikke er omfattet af fritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83, jf. dennes artikel 3, litra d). Såfremt indehaveren af et salgssted opsiger sin aftale, og aftaleforholdet efterfølgende genetableres, foreligger der nemlig efter sagsøgerens opfattelse en ny aftale, hvori der er fastsat en ny, bestemt løbetid.

135 Ifølge sagsøgeren vil Kommissionens indvendinger i så henseende i betragtning 112 til beslutningen under alle omstændigheder snart være genstandsløse. De eneste aftaler, der giver anledning til problemer, er nemlig de aftaler, for hvilke der gælder

en fast løbetid på to år og en automatisk forlængelse med et år ved udløbet af hver periode. Sagsøgeren har under den skriftlige forhandling understreget, at selskabet er i færd med at ændre aftalepraksis, idet det indføjer en klausul, hvorefter aftalens løbetid under ingen omstændigheder kan overskride fem år.

136 Kommissionen har på linje med det i betragtning 112 til beslutningen anførte gjort gældende, at aftaler af typen »aftaler med en fast løbetid på maksimalt to år og efterfølgende automatisk forlængelse« er indgået »for et ubestemt tidsrum«, jf. artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83, idet deres udløbstidspunkt afhænger af en uvis fremtidig hændelse. Muligheden for at opsige aftalerne hvert år inden for en vis frist i løbet af den automatiske forlængelsesperiode ændrer ikke den retlige vurdering. Kommissionen finder således, at leveringsaftalerne ikke kan drage fordel af gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83.

Rettens bemærkninger

137 Det fremgår af ordlyden af artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83, at gruppefritagelsen i henhold til forordningen ikke finder anvendelse, når den pågældende aftale er indgået for et ubestemt tidsrum. Der er efter Rettens opfattelse i den henseende i praksis ingen forskel mellem en aftale, som udtrykkeligt er indgået for et ubestemt tidsrum med mulighed for at opsige aftaleforholdet — en aftaleform, der i henhold til artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83 er holdt uden for den med forordningen indrømmede gruppefritagelse — og en aftale, der som den i det foreliggende tilfælde omhandlede efter to år er genstand for stiltiende forlængelser, så længe den ikke opsiges af en af parterne. I begge tilfælde er parterne ikke tvunget til, men har — hvis de ønsker det — fri adgang til, at tage deres aftaleforhold op til fornyet overvejelse og vurdere andre muligheder på markedet. En sådan undersøgelse, som artikel 3, litra d), i forordning nr. 1984/83 har til formål at gennem-

tvinge, kan føre til, at nye konkurrenter får adgang til detailhandlere, der er frigjort for enhver forpligtelse. Desuden bemærkes, at det — som anført af Kommissionen i betragtning 113 til beslutningen — ved en konkurrenceretlig vurdering af aftalerne er afgørende, at løbetiden ikke er fast, da den afhænger af, at en af aftaleparterne tager et initiativ.

138 De aftaler, som forlænges stiltiende og som kan løbe i mere end fem år, må herefter anses for at være indgået for et ubestemt tidsrum, og de kan derfor ikke drage fordel af gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83. Anbringendets første led kan således ikke tiltrædes.

Anbringendets andet led om, at artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83 ikke kan finde anvendelse

Sammenfatning af parternes argumentation

139 Sagsøgeren har om de aftaler, hvis løbetid er i overensstemmelse med artikel 3 i forordning nr. 1984/83, og som derfor kan drage fordel af gruppefritagelsen i henhold til forordningen, gjort gældende, at Kommissionen ikke kan lade fordelen ved fritagelsen bortfalde med den begrundelse, at adgangen til den traditionelle specialhandel vanskeliggøres i urimelig grad på grund af de eksklusive købsaftaler, sagsøgerens konkurrenter og selskabet selv har indgået, eller med den begrundelse, at de isprodukter, der sælges gennem den traditionelle specialhandel, ikke er »udsat for effektiv konkurrence« fra andre isprodukter, da de herved relevante bestemmelser, nemlig artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83, ikke har nogen hjemmel og derfor ikke kan finde anvendelse.

140 Sagsøgeren har til støtte herfor gjort gældende, at det i hjemmelen for artikel 14 i forordning nr. 1984/83, nemlig artikel 7 i Rådets forordning nr. 19/65/EØF af 2. marts 1965 om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af aftaler og samordnet praksis (EFT 1965-1966, s. 31, herefter benævnt »forordning nr. 19/65«), er bestemt, at Kommissionen kun kan lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, såfremt de aftaler, for hvilke der er indrømmet en sådan fritagelse, »har virkninger, som er uforenelige med de i traktatens artikel 85, stk. 3, nævnte betingelser«.

141 Sagsøgeren har henvist til, at artikel 14, litra a), i forordning nr. 1984/83 herudover kræver, at de omhandlede varer er udsat for »effektiv konkurrence« fra andre varer. Som betingelse for, at der kan indrømmes en fritagelse for en aftale, kræves det imidlertid i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, blot, at der ikke gives de pågældende virksomheder »mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer«. Desuden gøres det i forordningens artikel 14, litra b), til en betingelse, at den fritagede aftale ikke i urimelig grad vanskeliggør det »for andre leverandører at få adgang til de forskellige distributionsled«. Et sådant krav stilles ikke i traktatens artikel 85, stk. 3. Mens artikel 14, litra a), formentlig kan fortolkes på en sådan måde, at bestemmelsen er i overensstemmelse med traktatens artikel 85, stk. 3, er dette ifølge sagsøgeren ikke muligt for så vidt angår artikel 14, litra b). Kommissionen var derfor ikke berettiget til at begrunde sin beslutning med en henvisning til bestemmelserne i artikel 14 i forordning nr. 1984/83, da en kommissionsforordning, der ikke er dækket af den bemyndigelsesbestemmelse, den hviler på, er ugyldig og dermed i det foreliggende tilfælde helt eller delvist uanvendelig, medmindre den kan fortolkes i overensstemmelse med bestemmelsen (jf. Domstolens dom af 10.3.1971, sag 38/70, Tradax, Sml. 1971, s. 27, org. ref.: Rec. s. 145).

142 Kommissionen har anført, at artikel 14 i forordning nr. 1984/83 og artikel 7 i forordning nr. 19/65 har samme normative indhold, hvorfor der ikke kan være tale om, at førstnævnte bestemmelse ikke kan finde anvendelse. For det første er bestemmelserne i artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83 kun af vejledende karakter, idet de angiver nogle af de situationer, hvor Kommissionen kan benytte sig af sin beføjelse til at lade fordelen ved gruppefritagelsen i henhold til

forordningen bortfalde (jf. meddelelse vedrørende Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 og (EØF) nr. 1984/83 af 22. juni 1983 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af henholdsvis eneforhandlingsaftaler og eksklusive købsaftaler (EFT 1984 C 101, s. 2)). For det andet fremgår det — stadig ifølge Kommissionen — af Domstolens praksis, at reglen om, at udelukkelse af konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer er til hinder for fritagelse, også gælder i de forskellige distributionsled, som omhandlet i artikel 14, litra b), i forordning nr. 1984/83 (jf. Domstolens dom af 13.7.1966, sag 32/65, Italien mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 293, org. ref.: Rec. s. 563, og dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, nævnt ovenfor).

143 Desuden finder Kommissionen, at det fremgår af dommen i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, at traktatens forfatteres bestræbelser på, i tilfælde, hvor begrænsningen i konkurrencen tillades, at bevare muligheden for en faktisk eller potentiel konkurrence, også omfatter de forskellige distributionsled.

Rettens bemærkninger

144 Indledningsvis bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen med urette har ladet fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde i henhold til artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83, fordi bestemmelserne ikke skulle finde anvendelse i det foreliggende tilfælde, kun vedrører de aftaler, som er indgået for maksimalt fem år og dermed ifølge Kommissionen opfylder betingelserne i artikel 3, litra b), i nævnte forordning (jf. betragtning 114 til beslutningen), idet aftalerne af typen »aftaler med en fast løbetid på maksimalt to år og efterfølgende automatisk forlængelse« og aftalerne med en løbetid på over fem år ikke er omfattet af fritagelsen i henhold til forordningen artikel 1.

145 Det følger af artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83, at Kommissionen er bemyndiget til at lade fordelen ved den i henhold til forordningen indrømmede gruppefritagelse — som ifølge sagens natur ikke forudsætter en konkret undersøgelse af, om betingelserne for en fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, faktisk er opfyldt — bortfalde, såfremt den i en konkret sag konstaterer, at aftaler, der i medfør af forordningen er fritaget, ikke opfylder alle betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3.

146 Disse regler er i overensstemmelse med artikel 7 i forordning nr. 19/65, som er hjemmelen for artikel 14 i forordning nr. 1984/83, og som bestemmer, at Kommissionen kan lade fordelen ved anvendelsen af en gruppefritagelsesforordning bortfalde, hvis den konstaterer, at aftaler eller former for samordnet praksis har virkninger, som er uforenelige med de i traktatens artikel 85, stk. 3, nævnte betingelser.

147 Ordlyden af artikel 14 i forordning nr. 1984/83 viser endvidere, at bestemmelserne i litra a) og b), som indledes med ordet »især«, udgør en opregning af eksempler på tilfælde, hvor virksomhederne kan forvente, at Kommissionen træffer en beslutning om at lade fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde for deres vedkommende.

148 Dernæst bemærkes, at Domstolen i sin dom i sagen Europemballage og Continental Can mod Kommissionen i relation til den fjerde betingelse for at drage fordel af en fritagelse for forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, udtalte, at »traktatens forfatteres bestræbelser på, i tilfælde, hvor begrænsninger i konkurrencen tillades, at bevare muligheden for en faktisk eller mulig konkurrence på markedet er udtrykkeligt fremhævet i traktatens artikel 85, stk. 3, litra b)«. Betingelsen om opretholdelse af en effektiv konkurrence i artikel 14, litra a), i forordning nr. 1984/83 er således dækket af bemyndigelsen i artikel 7 i forordning nr. 19/65.

149 Sagsøgerens argument om, at artikel 14, litra a), i forordning nr. 1984/83 ikke kan finde anvendelse, kan herefter ikke tiltrædes.

150 Retspraksis viser ligeledes dels, at princippet om den frie konkurrence gælder for alle omsætningstrin og alle former for konkurrence (jf. Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429), dels, at der i henhold til ordlyden af traktatens artikel 85, stk. 1, ikke foretages nogen sondring mellem virksomheder, der konkurrerer med hinanden på samme omsætningstrin, og virksomheder på forskellige omsætningstrin, der ikke konkurrerer med hinanden, og at man ikke kan indføre sondringer, som ikke findes i traktaten (jf. dommen i sagen Italien mod Rådet og Kommissionen, nævnt ovenfor).

151 Det følger heraf, at traktatens artikel 85, stk. 1, finder anvendelse på alle trin i den økonomiske proces og også på konkurrenceforholdene mellem leverandører, for så vidt angår adgangen til de forskellige salgssteder som omhandlet i nærværende sag.

152 Da det følger af traktatens artikel 85, stk. 3, litra b), at bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, ikke kan erklæres uanvendelige på aftaler, der giver virksomhederne »mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer«, finder Retten på baggrund af ovenstående betragtninger, at Kommissionen også i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, litra b), kan lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, såfremt det i urimelig grad vanskeliggøres for andre leverandører at få adgang til de forskellige salgssteder, jf. artikel 14, litra b), i forordning nr. 1984/83.

153 Sagsøgerens argument om, at artikel 14, litra b), i forordning nr. 1984/83 ikke er dækket af bemyndigelsen i artikel 7 i forordning nr. 19/65, er således uden grundlag.

154 Anbringendets andet led kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendets tredje led om, hvorvidt leveringsaftalerne opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3

Sammenfatning af parternes argumentation

155 Sagsøgeren har gjort gældende, at artikel 7 i forordning nr. 19/65, hvori der henvises til artikel 6 og 8 i forordning nr. 17, skal fortolkes således, at Kommissionen kun kan lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, såfremt den godtgør, at betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, ikke var opfyldt fra begyndelsen eller efterfølgende er ophørt med at være opfyldt, hvilket Kommissionen ikke har gjort i det foreliggende tilfælde.

156 Sagsøgeren har på den baggrund konkluderet, at så længe Kommissionen ikke har godtgjort, at en af betingelserne for at anvende artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 er opfyldt, kan den ikke lade fordelen ved gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83 bortfalde.

157 De omhandlede eksklusive købsaftaler er efter sagsøgerens opfattelse fortsat omfattet af traktatens artikel 85, stk. 3, hvorfor de også kan gøres til genstand for en individuel fritagelse. Sagsøgeren har i den forbindelse understreget, at de af selskabet indgåede leveringsaftaler ikke behøver at blive anmeldt til Kommissionen. Aftalerne falder nemlig ind under artikel 4, stk. 2, nr. 1, i forordning nr. 17, selv om selskabet er en del af en international koncern.

158 Sagsøgeren har dernæst under henvisning til betragtning 5 og 6 til forordning nr. 1984/83 anført, at leveringsaftalerne medfører en forbedring af varedistributionen. Sagsøgeren finder nemlig, at det er selskabets aftaler, der har skabt mulighed for regelmæssige leverancer i hele Tyskland og et bredt udbud af konsumis af høj kvalitet. Uden oprettelsen af de eksisterende distributionsnet, der som en væsentlig bestanddel har salgsstedernes eksklusive købsforpligtelse over for en bestemt producent, ville et stort antal små og mellemstore salgssteder aldrig have accepteret at sælge konsumis. Hvis hvert enkelt salgssted frit kunne sælge andre producenters varer fra tid til anden, ville distributionssystemets effektivitet ikke kunne sikres, da det ikke ville være muligt at bevare dets rentabilitet. De faste leverancer til salgsstederne af komplette vareudvalg ville dermed blive bragt i fare. Sagsøgeren har anført, at oprettelsen af nye salgssteder for konsumis ved hjælp af eksklusive købsaftaler også — i modsætning til det af Kommissionen anførte — udgør en objektiv fordel for almenheden.

159 Sagsøgeren har endvidere under henvisning til Domstolens praksis (jf. dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875) gjort gældende, at en regelmæssig forsyning indebærer en fordel for forbrugerne, der er tilstrækkelig til at kunne anses for en rimelig andel af den fordel, som skyldes de forbedringer, der er fremkaldt af en af Kommissionen godkendt konkurrencebegrænsning. Selskabet har desuden anført, at såfremt de eksklusive købsaftaler blev opgivet, ville distributionsomkostningerne og priserne for forbrugerne stige væsentligt til skade for forbrugerne.

160 Endelig afhænger vurderingen af, om der foreligger en effektiv konkurrence på det omhandlede marked, ifølge sagsøgeren ikke af spørgsmålet om, hvorvidt adgangen til den traditionelle specialhandel i urimelig grad vanskeliggøres på grund af de eksisterende eksklusive købsaftaler. Selv om dette måtte være tilfældet, hvilket sagsøgeren bestrider, ville der alligevel kunne være tale om en effektiv konkurrence på konsumismarkedet. Der findes nemlig ifølge sagsøgeren en effektiv konkurrence med hensyn til priser, kvalitet og udvalg af varer og tjenesteydelser på markedet, hvilket sagsøgerens og Schöller's svingende markedsandele tydeligt viser.

161 Sagsøgeren finder på baggrund af det således anførte, at Kommissionen heller ikke kunne have ladet fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde, selv om det — i strid med sagsøgerens opfattelse — antages, at bestemmelserne i artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83 var anvendelige.

162 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at der var grundlag for i medfør af artikel 14 i forordning nr. 1984/83 at lade fordelen ved gruppefritagelsen i henhold til forordningen bortfalde, da leveringsaftalerne ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3.

163 Kommissionen har til støtte herfor indledningsvis henvist til, at en gruppefritagelse — i modsætning til en individuel fritagelse — ifølge sagens natur ikke forudsætter, at det i hvert enkelt tilfælde undersøges, om de i traktaten opstillede betingelser for en fritagelse faktisk er opfyldt. Det ville derfor være forkert at antage, at betingelserne i artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 vedrørende tilbagekaldelse af en individuel fritagelse er afgørende i forbindelse med en beslutning om at lade en gruppefritagelse bortfalde i medfør af artikel 14 i forordning nr. 1984/83. Ifølge Kommissionen skulle det i henhold til sidstnævnte artikel i det foreliggende tilfælde blot undersøges, om leveringsaftalerne havde virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, hvilket Kommissionen netop gjorde.

164 Kommissionen har i den henseende anført, at leveringsaftalerne ikke bidrager til at forbedre fordelingen af varerne, jf. artikel 85, stk. 3, idet aftalerne ikke indebærer objektive og konkrete fordele for almenheden, der kan opveje de ulemper, som aftalerne medfører for konkurrencen, jf. dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen.

165 Kommissionen finder, under hensyntagen til sagsøgerens stærke stilling på markedet, at de fordele, der kan være forbundet med eksklusive købsaftaler, nemlig en styrkelse af konkurrencen mellem varer af forskellige mærker, ikke kan konstateres i det foreliggende tilfælde. Konkurrencen på markedet begrænses tværtimod af, at der findes et kompleks af eksklusive købsaftaler, som udgør en væsentlig hindring for adgangen til markedet, og sagsøgerens stilling i forhold til selskabets konkurrenter bliver som følge heraf styrket betydeligt. I øvrigt finder Kommissionen, at de regelmæssige forsyninger til forbrugerne i hele Tyskland ikke vil blive bragt i fare, såfremt de eksklusive købsaftaler opgives.

166 Kommissionen har dernæst gjort gældende, at den omstændighed, at de eksklusive købsaftaler fører til et ensartet og gennemskueligt distributionssystem, ikke giver grundlag for at antage, at brugerne får rimelig andel i fordelen ved aftalerne. Virksomhederne er nemlig ikke tvunget til at videregive de fordele, der opstår som følge af aftalerne, hvis der ikke er en effektiv konkurrence. Desuden begrænser aftalerne forbrugerens valgmuligheder, idet de salgssteder, der er bundet af aftalerne, kun har en bestemt producents udvalg af is.

167 Endelig finder Kommissionen, at den negative betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3, litra b), er opfyldt, da der ikke findes en effektiv konkurrence på det relevante marked. Hvad angår levnedsmiddelhandelen har Kommissionen gjort gældende, at den stærke stilling, som sagsøgeren og Schöller, der tilsammen står for mere end to tredjedele af salget gennem denne distributionskanal, har, og koncen-

trationen af efterspørgslen udgør en væsentlig hindring for adgangen til markedet. Hvad angår den traditionelle handel vanskeliggøres adgangen til markedet i stort omfang af den kumulative virkning af alle bestående eksklusive købsaftaler. En undersøgelse af sagsøgerens salg gennem de forhandlere, der er bundet af eksklusive købsaftaler, herunder grossisterne, i forhold til sagsøgerens samlede salg i 1991 viser ifølge Kommissionen, at (...)% (over 50%) af salgsstederne er bundet af disse aftaler.

168 Den afskærmning af markedet, eksklusive købsaftaler medfører, kan reduceres ved hjælp af relativt korte løbetider for aftalerne. Dette er imidlertid ikke situationen på det foreliggende tilfælde, idet aftalerne har en fast løbetid på op til to år med mulighed for forlængelse på ubestemt tid. Desuden finder Kommissionen, at låneordningen med frysekummer, der stilles til rådighed af sagsøgeren og Schöller på hele markedet, også medfører begrænsninger af konkurrencen.

169 Intervenienten, Mars, har bestridt, at indgåelse af eksklusive købsaftaler og oprettelse af producentens eget distributionssystem er nødvendige forudsætninger for en effektiv og rationel distribution på det relevante marked for industrielt fremstillet konsumis. Mars har anført, at det er et absolut særtilfælde, at producenter, såsom sagsøgeren og Schöller, har deres egne transportsystemer. De såkaldte »impulsvarer« leveres som hovedregel af producenten til grossisternes centrallagre, hvorefter grossisterne samler ordrerne fra de forskellige salgssteder og leverer varerne til disse.

170 Mars har i den forbindelse anført, at Unilever-koncernen, som sagsøgeren er en del af, ved en skrivelse af 30. oktober 1974 anmodede sit irske datterselskab om at opgive aftalerne om salgsstedseksklusivitet og udelukkende aftale eksklusivitet med hensyn til brugen af frysekummerne. Dette viser, at de eksklusive købsaftaler ikke er nødvendige.

171 Sagsøgeren har ifølge Mars ikke ret i, at grossisterne hverken vil eller kan forsyne den traditionelle handel. Hvis grossisterne ikke er i stand til at forsyne det antal salgssteder, der er nødvendigt for en rationel distribution, skyldes dette ifølge Mars de omtvistede eksklusive købsaftaler, som binder et stort antal salgssteder.

172 Det af sagsøgeren anvendte system medfører, at nye konkurrenter næsten fuldstændigt hindres adgang til markedet for de såkaldte »impulsis«, hvor der opnås meget store fortjenester. Mars har endelig anført, at det følger af Domstolens praksis, at den omstændighed, at en virksomhed har skabt et marked, ikke giver den ret til at opretholde sin position på markedet ved at indgå eksklusive købsaftaler (jf. dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor).

Rettens bemærkninger

173 Der skal først tages stilling til sagsøgerens argument om, at artikel 7 i forordning nr. 19/65 skal fortolkes således, at Kommissionen ved udøvelsen af sin beføjelse i henhold til artikel 14 i forordning nr. 1984/83 skal sikre sig, at betingelserne i artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 17 er opfyldt, således at den kun kan lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, såfremt de faktiske forhold har ændret sig på et for fritagelsen væsentligt punkt.

174 Det bemærkes herved, at Kommissionen i henhold til artikel 8, stk. 3, litra a), i forordning nr. 17 kan tilbagekalde eller ændre en beslutning om fritagelse, såfremt de faktiske forhold har ændret sig på et for beslutningen væsentligt punkt. Da der er tale om en betingelse for en tilbagekaldelse af formelle beslutninger truffet i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, finder bestemmelsen ikke anvendelse, når Kom-

missionen beslutter at lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, eftersom der i så fald ikke foreligger en tidligere formel beslutning, der tilbagekaldes. Endvidere bemærkes, at en gruppefritagelse — som anført af Kommissionen — ifølge sagens natur ikke er betinget af, at det i hvert enkelt tilfælde konstateres, at de i traktaten opstillede betingelser for en fritagelse faktisk er opfyldt (jf. herved Rettens dom af 10.7.1990, sag T-51/89, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 309).

175 Det må på den baggrund fastslås, at artikel 7 i forordning nr. 19/65 ikke kan fortolkes således, at en beslutning om at lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, kun kan træffes, såfremt betingelsen i artikel 8, stk. 3, litra a), i forordning nr. 17 er opfyldt. Sagsøgerens argument herom kan således ikke tiltrædes.

176 Med henblik på at vurdere, om Kommissionen var berettiget til at lade fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde, skal Retten dernæst tage stilling til Kommissionens behandling af spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede aftaler opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, hvortil der henvises i artikel 7 i forordning nr. 19/65 og artikel 14 i forordning nr. 1984/83. Såfremt det måtte vise sig, at de omtvistede aftaler ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, vil dette samtidig indebære, at de — i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende — heller ikke kan opnå en individuel fritagelse.

177 Det bemærkes i den forbindelse indledningsvis, at Kommissionen kun kan beslutte at meddele en individuel fritagelse, hvis den pågældende aftale opfylder alle de fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, og at en anmodning om fritagelse således skal afvises, når blot en af de fire betingelser ikke er opfyldt (jf. f.eks. Rettens dom af 15.7.1994, sag T-17/93, Matra Hachette mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 104).

178 Endvidere bemærkes, at Kommissionen på dette område råder over et vidt skøn. Kommissionens enekompetence i henhold til artikel 9 i forordning nr. 17 til at meddele en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, indebærer nødvendigvis, at der skal foretages nogle vanskelige økonomiske vurderinger. Domstolskontrollen med disse vurderinger skal foretages under hensyn til deres karakter og begrænse sig til en undersøgelse af rigtigheden af de faktiske omstændigheder og af Kommissionens retlige subsumption af de faktiske omstændigheder. Domstolskontrollen retter sig således først og fremmest mod beslutningernes begrundelse, hvoraf det skal fremgå, hvilke kendsgerninger og overvejelser de nævnte vurderinger er baseret på (jf. dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt ovenfor). Disse principper, som er fastslået i retspraksis, skal danne grundlag for undersøgelsen af, om beslutningen bygger på et urigtigt faktisk grundlag eller hviler på en urigtig retsopfattelse eller på et åbenbart urigtigt skøn (jf. dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, nævnt ovenfor, præmis 104).

179 Det fremgår desuden af en fast retspraksis, at såfremt der anmodes om en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, påhviler det i første række de berørte virksomheder for Kommissionen at fremlægge dokumentation, der kan bevise, at aftalen opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. f.eks. Domstolens dom af 11.7.1985, Remia m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor, og af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19).

180 For så vidt angår den første af de fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, bemærkes, at der i medfør af bestemmelsen kan indrømmes fritagelse for aftaler, »som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling«. Det fremgår i den forbindelse af Domstolens praksis, at man ikke kan anse enhver fordel, som aftalen medfører for parternes produktions- eller distributionsvirksomhed, for en sådan forbedring. En forbedring skal navnlig indebære mærkbare objektive fordele, som kan opveje

de ulemper, aftalen medfører for konkurrencen (jf. dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt ovenfor).

181 I det foreliggende tilfælde er denne første betingelse behandlet i betragtning 116-122 til beslutningen. Selv om det fremgår af femte betragtning til forordning nr. 1984/83, at eksklusive købsaftaler i almindelighed medfører en forbedring af distributionen, idet de gør det muligt for leverandøren at planlægge afsætningen af sine varer mere nøjagtigt og længere tid i forvejen og sikre videreforhandleren en regelmæssig dækning af hans behov i aftaleperioden, og selv om det antages, at sagsøgeren af omkostningsgrunde vil være nødt til at indstille leveringen til bestemte små salgssteder, hvis selskabet forpligtes til at give afkald på de eksklusive købsaftaler med disse, finder Kommissionen, at de omtvistede aftaler ikke medfører objektive og konkrete fordele for almenheden, som kan opveje de ulemper for konkurrencen, der er forbundet med dem.

182 Kommissionen har til støtte herfor for det første anført, at de omtvistede aftaler i betragtning af sagsøgerens stærke stilling på det relevante marked ikke — som forudsat i sjette betragtning til forordning nr. 1984/83 — stimulerer konkurrencen mellem varer af forskellige mærker. Kommissionen har nemlig med rette lagt til grund, at det omhandlede aftalekompleks er en vigtig hindring for adgangen til markedet, som begrænser konkurrencen. Sagsøgeren har herved ganske vist gjort gældende, at oprettelsen af nye salgssteder for konsumis indebærer objektive fordele for almenheden, som omhandlet i retspraksis, men selskabet er efter Rettens opfattelse ikke fremkommet med faktiske oplysninger, der kan skabe alvorlig tvivl om Kommissionens undersøgelse med hensyn til de hindringer for adgangen til markedet, leveringsaftalerne medfører, og den heraf følgende svækkelse af konkurrencen.

183 Det fremgår for det andet af betragtning 121 til beslutningen, at Kommissionen har lagt til grund, at de små salgssteder, som sagsøgeren eventuelt måtte indstille sine leverancer til af omkostningsgrunde, vil kunne få deres forsyninger fra andre leverandører, f.eks. små lokale producenter, eller gennem uafhængige mellemmænd, som kan tilbyde flere vareudvalg.

184 Der henvises i denne forbindelse til, at intervenienten, Mars, har anført, at det er et absolut særtilfælde, at såkaldte »impulsvarer« distribueres gennem producenternes eget transportsystem. Det er således ubestridt, at Unilever-koncernens virksomheder kun i Tyskland, Danmark og Italien har indgået aftaler om salgsstedseksklusivitet.

185 For så vidt angår den af Mars påberåbte skrivelse af 30. oktober 1974, hvori Unilever-koncernen anmodede sit irske datterselskab om at opgive aftalerne om salgsstedseksklusivitet og udelukkende aftale eksklusivitet med hensyn til brugen af frysekummerne, bemærkes, at sagsøgeren under den skriftlige forhandling har anført, at selskaberne under Unilever-koncernen igennem årene har benyttet sig af forskellige metoder med henblik på at opnå den bedst mulige distribution af konsumis på medlemsstaternes respektive nationale markeder. Sagsøgeren har herved tilføjet, at selskabet har valgt sin egen løsning under hensyntagen til de faktiske vilkår på det tyske marked.

186 Sagsøgeren har imidlertid ikke på overbevisende måde påvist, hvilke særlige forhold i Tyskland der har gjort det nødvendigt for producenterne at oprette deres eget distributionssystem, ligesom selskabet heller ikke i tilstrækkelig grad har kunnet afsvække det af Kommissionen anførte om grossisternes vilje til og mulighed for at sikre en distribution af konsumis i hele Tyskland. Retten finder således, at

sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at de omtvistede aftaler ikke opfylder den første betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3. Retten anser sagen for tilstrækkeligt belyst af sagsakterne, og der ses derfor ikke at være grund til at foretage vidneafhøringer om nødvendigheden af producenternes eget distributionssystem eller om intervenientens salgspolitik — som foreslået af sagsøgeren — eller om grossisternes vilje til og mulighed for at forsyne detailhandlerne i den traditionelle handel eller om de begrænsninger af konkurrencen, de eksklusive købsaftaler medfører — som foreslået af intervenienten.

187 Da de omtvistede aftaler ikke opfylder den første betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3, må anbringendets tredje led forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til de øvrige betingelser i bestemmelsen, eftersom anmodningen om fritagelse skal afvises, når blot en af de fire betingelser ikke er opfyldt.

Anbringendets fjerde led om, hvorvidt det er i strid med proportionalitetsprincippet at forbyde alle leveringsaftalerne

Sammenfatning af parternes argumentation

188 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen, når den lader fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde, i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 kun kan forbyde de hidtil fritagne eksklusive købsaftaler i det omfang, aftalerne er uforenelige med

traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke kan fritages. Den omstændighed, at Kommissionen har ladet fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde i det hele uden at meddele nogen form for delvis fritagelse, er ikke blot i strid med de principper, Domstolen har opstillet i Delimitis-dommen, men også med proportionalitetsprincippet. Kommissionen skal ifølge sagsøgeren ex officio undersøge, om der kan meddeles en individuel fritagelse for nogle af leveringsaftalerne, fordi de ikke bidrager til den kumulative virkning som omhandlet i Domstolens ovennævnte dom.

189 Sagsøgeren har herved henvist til Rettens præsidents kendelse af 16. juni 1992, som efter selskabets opfattelse angiver én blandt mange muligheder for at reducere et kompleks af eksklusive købsaftaler til et niveau, der er tilladt i henhold til konkurrencereglerne.

190 Kommissionen har i betragtning 148 til beslutningen anført, at da sagsøgeren indtager en stærk stilling på markedet, og denne markedsposition er sikret på mange måder, opfylder aftalerne som helhed ikke betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3.

191 Desuden har Kommissionen under den skriftlige forhandling gjort gældende, at beslutningen om at lade fordelen ved gruppefritagelsen bortfalde ikke strider mod proportionalitetsprincippet. Kommissionen har herved understreget, at den ikke i forbindelse med en undersøgelse på grundlag af traktatens artikel 85, stk. 3, er retligt forpligtet til at påpege eventuelle alternative løsninger.

Rettens bemærkninger

192 Indledningsvis bemærkes, at proportionalitetsprincippet indebærer, at fællesskabsinstitutionernes retsakter ikke må overskride grænserne for, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at nå det ønskede mål (jf. Domstolens dom af 17.5.1984, sag 15/83, Denkavit Nederland, Sml. s. 2171).

193 Hvad først angår spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen ex officio skal undersøge, om visse af leveringsaftalerne, efter at det er besluttet at lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde, kan fritages individuelt, fordi de ikke bidrager til den kumulative virkning som omhandlet i Delimitis-dommen, jf. ovenfor, bemærkes, at det i første række påhviler de berørte virksomheder for Kommissionen at fremlægge dokumentation, der kan bevise, at en aftale opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. ovenfor, præmis 179). Selv om Kommissionen over for virksomhederne kan påpege eventuelle alternative løsninger, er den ikke retligt forpligtet til at gøre det, og end mindre til at acceptere forslag, som den anser for uforenelige med betingelserne i artikel 85, stk. 3 (jf. dommen i sagen VBVB og VBBB mod Kommissionen, nævnt ovenfor). Efter Rettens opfattelse finder denne retspraksis også anvendelse i det foreliggende tilfælde, således at Kommissionen under en procedure i henhold til traktatens artikel 85 ikke har pligt til at angive, hvilke aftaler der kun bidrager i uvæsentlig grad til den eventuelle kumulative virkning af ensartede aftaler på markedet. Som nævnt ovenfor i præmis 129, ville en sådan opdeling af de ensartede aftaler kunne blive helt vilkårlig, hvorimod Kommissionen har pligt til at foretage en konkret undersøgelse af aftalekompleksets faktiske virkninger for konkurrencen.

194 Af de ovenfor i præmis 130 anførte grunde kan Rettens præsidents kendelse af 16. juni 1992 ikke påberåbes til støtte for sagsøgerens opfattelse.

195 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen lagt til grund, at aftalerne som helhed ikke opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3. Det bemærkes herved, at sagsøgeren ikke er fremkommet med oplysninger, der kan godtgøre, at visse af aftalerne opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3. Retten finder på den baggrund, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionens beslutning hviler på et åbenbart urigtigt skøn eller udgør en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet. Anbringendets fjerde led må således forkastes.

196 Det fjerde anbringende kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 17

Sammenfatning af parternes argumentation

197 Sagsøgeren har anført, at der ikke er nogen form for hjemmel for beslutningens artikel 4. Der findes ingen bestemmelser, som bemyndiger Kommissionen til at forbyde sagsøgeren at indgå nogen form for eksklusive købsaftaler fremover.

198 Sagsøgeren har under henvisning til Delimitis-dommen anført, at man ikke kan gå ud fra, at enhver eksklusiv købsaftale, som selskabet fremover måtte indgå med et salgssted inden for den traditionelle specialhandel, vil være uforenelig med trakta-

tens artikel 85, stk. 1, uanset virkningen af alle ensartede aftaler på det relevante marked og de øvrige konkrete økonomiske og retlige omstændigheder.

199 Sagsøgeren har dernæst gjort gældende, at et forbud mod aftaler, der er uforenelige med traktatens artikel 85 eller 86, kun kan nedlægges i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17. Denne bestemmelse bemyndiger imidlertid kun Kommissionen til at forbyde eksisterende aftaler, men ikke fremtidige aftaler. Sagsøgeren har i øvrigt anført, at hverken traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 14 i forordning nr. 1984/83 giver hjemmel til at forbyde fremtidige aftaler.

200 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at beslutningen i så henseende er udtryk for en forskelsbehandling, idet selskabets konkurrenter fortsat kan indgå eksklusive købsaftaler, der enten ikke er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, eller falder ind under gruppefritagelsen i henhold til forordning nr. 1984/83.

201 Kommissionen har i betragtning 154 til beslutningen forklaret, at forbuddet for sagsøgeren mod indtil den 31. december 1997 at indgå nye leveringsaftaler af samme karakter som de eksisterende aftaler, der er erklæret uforenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, er begrundet i, at »beslutningen om, at overtrædelserne skal indstilles (jf. beslutningens artikel 1), ville ... være uden virkning, hvis det umiddelbart skulle tillades L-I (sagsøgeren) at erstatte de nuværende leveringsaftaler med nye«.

202 Kommissionen har bestridt, at artikel 3 i forordning nr. 17 ikke udgør en gyldig hjemmel. Kommissionen har anført, at den kompetence, som artiklen giver den, skal udøves så virkningsfuldt og så hensigtsmæssigt som muligt i den konkrete situation (jf. Domstolens kendelse af 17.1.1980, sag 792/79 R, Camera Care mod Kommissionen, Sml. s. 119).

203 Ifølge Kommissionen indebærer den pågældende kompetence en ret til at pålægge virksomhederne at foretage eller undlade visse handlinger med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør. De således pålagte særlige forpligtelser skal fastlægges ud fra, hvad der er nødvendigt for at genetablere lovlige forhold (jf. Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (»cellulose«), Sml. I, s. 1307).

204 I det foreliggende tilfælde er forbuddet begrundet i nødvendigheden af at forhindre forsøg på omgåelse af det i beslutningens artikel 1 nedlagte forbud. Sagsøgeren ville nemlig på grundlag af forordning nr. 1984/83 til en enhver tid kunne opnå en gruppefritagelse for nye eksklusive købsaftaler, såfremt beslutningens artikel 4 ikke var blevet vedtaget. Det er ifølge Kommissionen nødvendigt, at forbuddet gælder i et tidsrum, der åbner mulighed for en væsentlig ændring af markedsforholdene.

Rettens bemærkninger

205 Indledningsvis henvises til ordlyden af artikel 3 i forordning nr. 17: »Konstaterer Kommissionen ... at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.« Efter Rettens opfattelse giver bestemmelsen kun Kommissionen kompetence til at forbyde eksisterende eksklusive købsaftaler, som er uforenelige med konkurrencereglerne.

206 Hvad angår muligheden for at genoprette et kompleks af eksklusive købsaftaler bemærkes, at det fremgår af retspraksis omkring anvendelsen af artikel 85, stk. 1, at

selv når vurderingen af alle ensartede aftaler på det relevante marked og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder fører til, at det pågældende marked er vanskeligt tilgængeligt, falder eksklusive købsaftaler, der er indgået af en leverandør, som ikke i væsentligt omfang bidrager til den kumulative virkning, ikke ind under forbuddet i artikel 85, stk. 1 (jf. Delimitis-dommen, præmis 23 og 24).

207 Det følger heraf, at artikel 85, stk. 1, som udgangspunkt ikke er til hinder for, at der indgås eksklusive købsaftaler, såfremt dette ikke i væsentligt omfang bidrager til en afskærmning af markedet. Retten kan i den forbindelse ikke tiltræde Kommissionens argumentation, hvorefter forbuddet mod at indgå nogen form for aftaler fremover er begrundet i nødvendigheden af at undgå forsøg på omgåelse af det i den anfægtede beslutnings artikel 1 nedlagte forbud mod de eksisterende aftaler ved hjælp af forordning nr. 1984/83.

208 Forordning nr. 1984/83 er nemlig en generel retsakt, som giver virksomhederne mulighed for at drage fordel af en gruppefritagelse for visse eksklusive købsaftaler, der som udgangspunkt opfylder betingelserne i artikel 85, stk. 3. I overensstemmelse med princippet om retskildernes trinfølge kan Kommissionen ikke ved en individuel beslutning indskrænke eller begrænse retsvirkningerne af en generel retsakt, medmindre denne giver en udtrykkelig hjemmel hertil. Artikel 14 i forordning nr. 1984/83 giver ganske vist Kommissionen kompetence til at lade fordelen ved anvendelse af forordningen bortfalde, dersom den i en konkret sag fastslår, at en aftale, som er fritaget, alligevel har virkninger, som er uforenelige med betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, men artikel 14 giver derimod ingen hjemmel til at lade fordelen ved en gruppefritagelse bortfalde for så vidt angår fremtidige aftaler.

209 Desuden findes det at være i strid med ligebehandlingsprincippet, som er et af fællesskabsrettens grundlæggende principper, at afskære visse virksomheder fra

fremover at drage fordel af en gruppefritagelsesforordning, mens andre virksomheder, såsom intervenienten i det foreliggende tilfælde, fortsat kan indgå eksklusive købsaftaler som dem, der forbydes ved beslutningen. Et sådant forbud ville således kunne gøre indgreb i bestemte virksomheders økonomiske handlefrihed og skabe konkurrencefordrejning på markedet, hvilket strider mod traktatens målsætninger.

210 Af de således anførte grunde finder Retten, at det pågældende anbringende kan tiltrædes. Beslutningens artikel 4 bør således annulleres.

211 Det følger af de anførte grunde, at Kommissionen bør frifindes, dog således at beslutningens artikel 4 annulleres.

Sagens omkostninger

212 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, første afsnit, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Sagsøgeren har i det væsentlige tabt sagen og bør derfor bære sine egne omkostninger og betale samtlige sagens øvrige omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler og intervenientens omkostninger, med undtagelse af en fjerdedel af alle sagsøgtes omkostninger. Sagsøgte bærer således en fjerdedel af sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Udvidede Afdeling)

1) Artikel 4 i Kommissionens beslutning 93/406/EØF af 23. december 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 mod Langnese-Iglo GmbH (sag IV/34.072) annulleres.

2) I øvrigt frifindes Kommissionen.

3) Sagsøgeren betaler samtlige sagens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler og intervenientens omkostninger, med undtagelse af en fjerdedel af alle sagsøgtes omkostninger.

4) Kommissionen betaler en fjerdedel af sine egne omkostninger.

Vesterdorf Barrington Saggio

Kirschner Kalogeropoulos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juni 1995.

Fungerende Præsident

H. Jung
Justitssekretær

D. P. M. Barrington
Afdelingsformand

Indhold

Sagens faktiske omstændigheder ..... II - 1541

Retsforhandlinger ..... II - 1545

Parternes påstande ..... II - 1548

Anbringendet om en mangelfuld meddelelse af beslutningen ..... II - 1549

Anbringendet om en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning II - 1550

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1550

Rettens bemærkninger ..... II - 1552

Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1 ..... II - 1555

Anbringendets første led om afgrænsningen af markedet ..... II - 1555

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1555

Rettens bemærkninger ..... II - 1560

Anbringendets andet led om de eksklusive købsaftalers virkninger for konkurrencen .... II - 1565

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1565

Rettens bemærkninger ..... II - 1571

Anbringendets tredje led om manglende påvirkning af handelen mellem medlemsstater II - 1577

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1577

Rettens bemærkninger ..... II - 1578

Anbringendets fjerde led om Kommissionens påståede pligt til at foretage en opdeling af de enkelte aftaler, således at en del af aftalerne ikke rammes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1 ..... II - 1580

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1580

Rettens bemærkninger ..... II - 1581

Anbringendet om en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3 ..... II - 1582

Anbringendets første led om de omtvistede aftalers løbetid ..... II - 1583

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1583

Rettens bemærkninger ..... II - 1584

Anbringendets andet led om, at artikel 14, litra a) og b), i forordning nr. 1984/83 ikke kan finde anvendelse ..... II - 1585

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1585

Rettens bemærkninger ..... II - 1587

Anbringendets tredje led om, hvorvidt leveringsaftalerne opfylder betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3 ..... II - 1590

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1590

Rettens bemærkninger ..... II - 1595

Anbringendets fjerde led om, hvorvidt det er i strid med proportionalitetsprincippet at forbyde alle leveringsaftalerne ..... II - 1600

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1600

Rettens bemærkninger ..... II - 1602

Anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 17 ..... II - 1603

Sammenfatning af parternes argumentation ..... II - 1603

Rettens bemærkninger ..... II - 1605

Sagens omkostninger ..... II - 1607