II

(Rättsakter vilkas publicering inte är obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 11 mars 1998

om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget

(Ärende nr IV/34.073, IV/34.395 och IV/35.436 – Van den Bergh Foods Limited)

[delgivet med nr K(1998) 292]

(Endast den engelska texten är giltig)

(98/531/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen,

med beaktande av rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 [1], senast ändrad genom anslutningsakten för Österrike, Finland och Sverige, särskilt artikel1 3.1 i denna,

med beaktande av de klagomål som lämnats in enligt artikel 3.2 i förordning nr 17 av Masterfoods Limited och Valley Ice Cream (Ireland) Limited mot Van den Bergh Foods Limited, före detta HB Ice Cream Limited, i vilka dessa företag hävdar att de genom begränsning av konkurrensen förhindras att sälja sina glassprodukter i Irland,

med beaktande av kommissionens beslut av den 29 juli 1993 att inleda ett förfarande,

med beaktande av Van den Bergh Foods Ltd:s ansökan om icke-ingripandebesked eller ett undantag för dess distributionssystem för impulsköpglass i Irland som lämnades in den 9 mars 1995 enligt artikel 4.1 i förordning nr 17,

efter att i enlighet med artikel 19.1 i förordning nr 19 jämförd med kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 [2] ha gett det berörda företaget möjlighet att yttra sig om de frågor i vilka kommissionen har gjort invändningar,

efter samråd med Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, och

av följande skäl:

I. INLEDNING

(1) Detta beslut gäller det system som Van den Bergh Foods Limited, före detta HB Ice Cream Limited, (nedan kallat HB) tillämpar för distribution av sitt sortiment av impulsköpglass (nedan kallat lösglass) i Irland. HB tillämpar ett system med ”frysdiskexklusivitet” (*cabinet exclusivity*) som innebär att företaget tillhandahåller frysdiskar åt detaljhandlare som i dem lagrar endast HB:s glassprodukter.

[1] EGT 13, 21.2.1962, s. 204/62.

[2] EGT 127, 20.8.1963, s. 2268/63.

(2) Den 18 september 1991 lämnade Master Foods Limited, med varumärket Mars Ireland, (nedan kallat Mars) in ett klagomål [3] till kommissionen enligt artikel 3 i förordning nr 17 mot HB över att detta företag förser ett stort antal detaljhandlare med frysdiskar på grundval av villkoret om frysdiskexklusivitet. Mars hävdar att det genom denna affärsmetod hindras genom begränsning av konkurrensen från att få tillträde till detaljhandeln för försäljning av sina lösglassprodukter i Irland.

(3) Mars gick in på den irländska glassmarknaden 1989. I april 1990 beviljade Irlands High Court HB ett interimistiskt förbudsföreläggande som förhindrade att Mars produkter placerades i frysdiskar från HB. I maj 1992 fällde High Court [4] en slutlig dom som hindrade Mars från att förmå detaljhandlare att lagra dess glassprodukter i HB:s frysdiskar. Domstolen ansåg vidare att HB:s arrangemang med frysdiskexklusivitet inte omfattades av förbudet i artikel 85.1. Domstolen fann även att varken HB:s exklusivitetsvillkor eller dess prissättning stred mot artikel 86. Domstolen ansåg dock att HB hade en dominerande ställning på den irländska marknaden för lösglass. Mars har överklagat dessa domslut till Irlands högsta domstol.

(4) Den 22 juli 1992 lämnade Valley Ice Cream (Ireland) Limited (nedan kallat Valley) in ett klagomål [5] till kommissionen mot HB med liknande innehåll som klagomålet från Mars. Valley var ett glasstillverkande företag i Irland, som likviderades 1997. Företaget hade till en kort tid dessförinnan verkat som huvuddistributör av Mars glassprodukter i Irland.

(5) Den 29 juli 1993 beslöt kommissionen preliminärt att HB:s dåvarande distributionssystem innebar en överträdelse av både artikel 85 och artikel 86 i fördraget och riktade en invändning mot HB i det avseendet. HB bestred kommissionens uppfattning om lagligheten hos dess distributionssystem.

(6) I sitt meddelande om invändningar medgav kommissionen att HB:s arrangemang medförde vissa förbättringar av distributionen men ansåg att dessa uppvägdes av de skadliga effekterna av den begränsade konkurrensen. Trots detta gjorde kommissionen klart att HB hade möjlighet att föreslå en förändring av sitt distributionsssystem för lösglass i Irland som kunde beviljas undantag enligt artikel 85.3. Efter diskussioner med kommissionen, och trots att HB höll fast vid sin uppfattning om att dess befintliga distributionssystem var lagligt, lade företaget fram sådana förslag. Den 8 mars 1995 anmäldes dessa till kommissionen [6], som sedan preliminärt uttalade sig [7] om att dessa förändringar skulle berättiga till ett undantag.

(7) På grundval av dessa förslag och mot bakgrund av HB:s uttryckliga förväntningar beträffande deras effekter på marknaden tillkännagav kommissionen den 15 augusti 1995 [8] sin avsikt att inta en positiv ståndpunkt gentemot det distributionssystem som HB anmält. Förändringarna ledde dock inte till de förväntade resultaten. Mot bakgrund av detta och den nu rådande situationen på marknaden har kommissionen beträffande existerande affärer reviderat sin uttryckta avsikt (se punkt 247 ff). Följaktligen skickade kommissionen den 22 januari 1997 ett nytt meddelande till HB om invändningar. HB lämnade sitt skriftliga svar på detta den 24 april 1997 och framförde sina argument vid ett muntligt förhör den 11 juni 1997.

II. BAKGRUND

1. *Produkten*

i) **Glass i allmänhet**

(8) De viktigaste råvarorna för tillverkning av glass är mjölk (inklusive skummjölk), fett (mjölkfett eller vegetabiliskt fett) och socker. Andra tillsatsämnen kan bl.a. vara emulgerings- och stabiliseringsmedel, färg- och smakämnen, nötter, choklad och fruktkoncentrat. Lagstiftningen rörande produktbeskrivning, märkning och tillåtet innehåll (luftkoefficient osv.) varierar något mellan medlemsstaterna. Innehållet i fryst yoghurt, saftis (vattenbaserade produkter) och mjukglass (som tillverkas av

[3] Ärende nr IV/34.073.
[4] Masterfoods mot HB Ice Cream, [1992] 3 CMLR 830.
[5] Ärende nr IV/34.395.
[6] Ärende nr IV/35.436.
[7] Kommissionens pressmeddelande den 8 mars 1995, IP/95/229.
[8] EGT C 211, 15.8.1995, s. 4. Offentliggörande enligt artikel 19.3 i förordning nr 17, innehållande en sammanfattning av HB:s reviderade distributionssystem, med begäran om synpunkter från berörd tredje part. Mars lämnade in synpunkter.

vegetabiliskt fett och inte innehåller några mjölkprodukter) skiljer sig väsentligt från glassprodukter i allmänhet.

(9) Glass måste förvaras vid låg temperatur under alla faser av tillverkning och distribution före slutanvändningen. Ett undantag utgör mjukglass som levereras till detaljisten i form av rumstempererad mjuk blandning (som säljs till detaljhandlarna antingen som en "färsk" eller "steril" produkt) och omvandlas till en slutprodukt genom bearbetning i särskild utskänkningsutrustning i detaljhandlarens lokal.

(10) Glass kan indelas efter hur den tillverkas och distribueras. Man skiljer vanligtvis mellan hantverksmässigt tillverkad glass, som normalt tillverkas, distribueras och konsumeras lokalt i liten skala, och industriell glass som tillverkas för storskalig distribution. Nästan all glass som tillverkas och säljs i Irland är av den industriella sorten.

(11) Glass kan också indelas efter det avsedda konsumtionsstället. Generellt finns tre olika kategorier:

— "lösglass" bestående av enskilt förpackade glassartiklar (ofta i form av glasspinnar) och enskilda portioner av "glasskulor" avsedda för omedelbar konsumtion vid eller nära försäljningsplatsen,

— "hemglass" inklusive så kallade flerpack av enstaka artiklar, kakor, bägare, dessertprodukter osv., avsedda att konsumeras i hemmet,

— catering-glass som säljs i stora partier till hotell, restauranger, kaféer m.m. för att konsumeras, som ett led i cateringen, på dessa platser.

ii) **Lösglass**

(12) Enskilt förpackade glassar lagras i allmänhet i frysdiskar för självbetjäning som installeras i eller strax utanför detaljhandlarens lokal. Diskarna ges oftast en framträdande placering. På samma sätt som för alla andra produkter som bygger på impulsiva köpbeslut är tillgängligheten och synligheten vid försäljningsstället viktiga faktorer för försäljningen av lösglass. Om produkten inte är tillgänglig eller synlig kan det innebära att en försäljningsmöjlighet går förlorad för gott [9]-konsumenter av lösglass vill normalt inte färdas någon längre sträcka för ett inköp eller uppskjuta inköpet. Tillgång till distribution i stor skala är särskilt viktig för att ge konsumenterna tillfälle att prova nya produkter för att på så sätt stimulera efterfrågan på dessa. Enskilt förpackade glassar är nästan utan undantag märkesvaror som understöds av betydande investeringar i reklam och annan marknadsföring.

(13) Säsongbetingade faktorer har en betydande inverkan på konsumtionen av lösglass. Den största försäljningen sker under sommarmånaderna. Under 1992 sålde exempelvis HB nästan två tredjedelar av sin lösglass under fyramånadersperioden maj till augusti. Försäljningen beror också i hög grad på vädret.

(14) Medan barn är särskilt viktiga köpare av enstaka glassprodukter, är trenden i nya industriglassortiment inriktad på "premiumsorter" eller "superpremiumsorter" (termer som vanligtvis betecknar produkter med högt innehåll av mjölkfett och låg andel av luft) som främst riktar sig till vuxna konsumenter. Det är fråga om produkter med högre pris som syftar till en bredare marknadsspridning, innefattande vuxna, och som utgör den snabbast växande delen av lösglassmarknaden.

(15) Glass för försäljning i form av glasskulor levereras i stora partier till detaljhandlarna, som i allmänhet lagrar den i specialkonstruerade frysdiskar och serverar den till kunderna i en strut. Denna form av glass har från försäljningssynpunkt endast marginell betydelse i Irland.

(16) Mjukglass levereras i form av en rumstempererad mjuk blandning till detaljhandlarna, som måste behandla blandningen genom att tillsätta ytterligare ingredienser och använda sig av särskild utskänkningsutrustning som omvandlar den till en

[9] Noel McEneaney, HB:s marknadsföringschef, citerades i den irländska detaljhandelstidskriften *Shelflife* utgåva i mars 1996: "Det finns en tumregel enligt vilken endast en av tre personer som köper en lösglass gick in i affären i avsikt att köpa en glass. Vi försöker maximera denna faktor genom att se till att det första kunden får se när han eller hon kommer in i affären är en glassfrysdisk, antingen vid ingången eller vid kassan".

nedkyld produkt som serveras kunden. Mjukglass serveras vanligen i en våffelstrut.

(17) För tillverkarna är storskalig handel med lösglass kapitalintensiv och innebär avsevärda affärsrisker eftersom den är beroende av oförutsägbara väderleksförhållanden. Betydande rörelsekapital krävs för att finansiera tillverkning före säsongstart och lagring. På affärsföretagen ställs stora krav på logistik och planering över årscykeln för att upprätthålla den relativt korta ”kampanjsäsongen”.

2. *Glassmarknaden i gemenskapen*

(18) De nationella marknaderna inom gemenskapen skiljer sig från varandra. Den årliga förbrukningen av t.ex. hantverksmässigt tillverkad glass varierar mellan över sex liter per person i Italien till mindre än en halv liter per person i Spanien och ännu mindre i Irland. Industriglass står för största delen av de produkter som säljs i Europa. Tillverkningen av industriglass är störst i Förenade kungariket och sedan följer i fallande ordning Tyskland, Italien och Frankrike. Försäljningen av lösglass som andel av den totala glassmarknaden varierar också avsevärt mellan medlemsstaterna.

(19) Företag inom Unileverkoncernen är de största leverantörerna av glass i de flesta medlemsstaterna. Inom lösglassektorn är Unileverföretag marknadsledande i alla medlemsstater utom Spanien, Grekland och Finland. Koncernerna Nestlé, Arctic/Beatrice, Grand Metropolitan (Häagen Dazs) och Schöller säljer alla glass i mer än en medlemsstat. Vissa av dessa koncerner, t.ex. Unilever och Nestlé, säljer under olika medlemsstater.

(20) De nationella bestämmelserna om innehållet i glass är inte harmoniserade inom gemenskapen. De skillnader som finns, särskilt de som gäller godkända sorter av mjölkfett och vegetabiliskt fett, kan medföra stora skillnader mellan de produkter som saluförs i olika medlemsstater och i kostnaderna för dem. Det genomsnittliga priset i detaljhandeln på liknande och även på identiska glassprodukter kan variera avsevärt från en medlemsstat till en annan. En analys av de produktsortiment som saluförs av leverantörer som är verksamma på flera marknader visar emellertid att liknande eller identiska produkter ofta säljs under olika varu- eller märkesnamn. Det förekommer dessutom en betydande handel med glassprodukter mellan medlemsstaterna.

(21) Bruket att förse detaljhandlare med frysdiskar med exklusivitetsvillkor används i stor omfattning av glasstillverkare och glassdistributörer i hela Europa, både av företag inom Unileverkoncernen och av många av dess konkurrenter.

3. *Glassmarknaden i Irland*

i) **Allmänt**

(22) Konsumtionen per capita av glass i Irland är en av de högsta inom gemenskapen. Den totala marknaden för industriglass i Irland år 1995 och 1996 redovisas i tabellen nedan, i såväl volym som värde ([10]).

	1996 (volym) (1 000 liter)	1996 (värde) (1 000 IEP)	1995 (volym) (1 000 liter)	1995 (värde) (1 000 IEP)
Lösglass	11 632	46 425	12 297	56 430
Flerpack	1 480	5 585	1 388	5 597
Hemglass	14 065	28 832	15 542	31 281
Catering	4 718	11 175	4 756	10 954
Totalt	31 895	96 523	33 983	104 262

Under sommaren 1995 drevs försäljningen (i synnerhet av lösglass) upp av goda väderförhållanden. Sämre väderförhållanden under sommaren 1996 förklarar den relativa nedgången i försäljningen för det året. Det totala värdet av mjukglassmarknaden ([11]) i Irland uppskattas av HB till omkring [. . .] irländska pund per år.

([10]) *Källa:* AC Nielsen, ett ledande marknadsundersökningsföretag. Värdeuppgifterna gäller detaljhandelsförsäljning och är inte desamma som bruttoförsäljningsvärdena som hänvisas till på annat ställe. I de senare ingår varken detaljhandlarnas marginaler eller mervärdeskattesatsen. I de här presenterade värdena ingår ”saftis”.

([11]) Enligt HB är marknadsuppgifterna om denna sektor inte offentliga.

ii) **HB**

(23) HB är Irlands ledande tillverkare och distributör av glassprodukter. Företagets ställning som dominerande leverantör av glassprodukter i Irland kan ledas tillbaka till dess köp 1968 av glassdivisionen hos dess främsta konkurrent vid den tiden, Premier Dairies [12]. Sedan 1974 är HB ett företag inom Unileverkoncernen. Företaget ombildades 1993 till Van den Bergh Foods Ltd efter att HB Ice Cream Limited fusionerats med andra företag inom Unileverkoncernen. År 1996 hade HB en omsättning på ca [. . .] irländska pund. Motsvarande siffror för 1995 var [. . .] irländska pund, en ökning från [. . .] irländska pund 1994 och från [. . .] irländska pund 1993.

(24) Den multinationella Unileverkoncernen är en av de ledande tillverkarna i världen av konsumtionsvaror. De två moderföretagen, Unilever NV och Unilever PLC, uppnådde 1996 en global konsoliderad omsättning på cirka 33,5 miljarder brittiska pund. Under samma period uppgick Unileverkoncernens omsättning i Irland till cirka 231 miljoner irländska pund. Företag inom Unileverkoncernen tillverkar och distribuerar glassprodukter i alla medlemsstater och i de flesta av dem är Unilever marknadsledande. På de olika nationella glassmarknaderna har Unilevers strategi varit att köpa upp lokala glassföretag och utveckla märken på nationell bas. På senaste tid har dock Unilever utvecklat en del produkter på internationell bas, framförallt den mycket framgångsrika glasspinnen Magnum.

(25) HB tillhandahåller ett fullständigt sortiment av glassprodukter, inklusive ett komplett sortiment av lösglass (inklusive premiumprodukter), varav många är mycket populära bland konsumenterna. Merparten av produkterna tillverkas i Irland, men vissa artiklar tillverkas av andra glassföretag inom Unileverkoncernen och importeras av HB. Glassen marknadsförs under märket HB, som är välkänt bland de irländska konsumenterna. HB säljer också rumstempererad mjukglassmix till detaljhandlare för bearbetning till mjukglass.

(26) Den totala volym av glass som saluförts av HB i Irland framgår av tabellen nedan (1 000 liter).

	1993	1994	1995	1996
Lösglass	8 138	8 563	10 170	9 736
Flerpack	648	908	1 091	2 664
Hemglass	10 392	10 960	11 582	15 344
Catering	737	1 146	1 189	1 788
Totalt	19 915	21 577	24 032	23 398

(27) År 1996 saluförde HB lösglass till ett sammanlagt bruttoförsäljningsvärde av [. . .] irländska pund, jämfört med omkring [. . .] irländska pund 1995 och omkring [. . .] irländska pund 1994.

(28) HB uppnådde en marknadsandel [13] i värde för lösglass i Irland på cirka 85 % under fyramånadersperioden från juni till september 1996, en ökning från 83 % under samma period 1995, från 77 % för sommaren 1994 och från 76 % för sommaren 1993. I volym uppgick HB:s marknadsandel sommaren 1996 till cirka 85 %, en ökning från 83 % under samma period 1995 och från 80 % under 1994 och 1993. Under perioden juni–juli 1997 uppgick HB:s marknadsandel till 89 %. Dess andel av marknaden i värde var också 89 %. HB tillskriver åtminstone delvis denna ökning av marknadsandelen till Valleys finansiella svårigheter och till upphörandet av Mars och Valleys gemensamma distributionssystem. HB uppskattar att dess andel av marknaden för mjukglass i Irland är omkring [. . .] %.

iii) **Övriga tillverkare**

(29) Återstoden av den irländska glassmarknaden delas i huvudsak mellan Mars, Valley, Nestlé, Leadmore (Irland) Ltd (nedan kallat Leadmore), Dale Farm Dairy Group Ltd (nedan kallat Dale Farm) och Häagen Dazs.

a) *Mars*

(30) Mars är ett helägt dotterföretag till det privatägda amerikanska multinationella företaget Mars Incor-

[12] HB:s andel av glassmarknaden växte i ett slag från 42 % till 80 %. I gengäld förvärvade Premier Dairies HB:s mjölkdivision.

[13] Uppgifterna om marknadsandelar är baserade på AC Nielsen som vid beräkningen av dessa värden använt sig av samma marknadsdefinition som i det föreliggande beslutet, med undantag för inkluderandet av ”saftis”. Detta påverkar dock inte i någon betydande grad de olika marknadsaktörernas proportionella andelar.

porated. Som sådant är företaget en del av en internationell koncern med dotterföretag i de flesta medlemsstaterna. Mars gick in på glassmarknaden genom köpet av Dove, ett amerikanskt glassföretag. Utgående från renommén för sina ej kylda konfektmärken utvecklade Mars glassversioner av en del av dessa märken och utsträckte dem därmed till en annan produktkategori. Mars tillverkar all sin glass för den europeiska marknaden vid sina produktionsanläggningar i Frankrike (Doveurope SA) och använder samma produktnamn i alla medlemsstater. År 1988 lanserade Mars för första gången sina glassprodukter i Europa.

(31) Mars började sälja sin glass i Irland i enskilda förpackningar och i flerpack 1989. Märkets redan höga renommé hos konsumenterna minskade kostnaderna för marknadslanseringen. Det glassortiment som erbjuds av Mars är begränsat till jämförelsevis få artiklar, av vilka de flesta tillhör marknadens premiumsegment (högprissegment) och i första hand riktar sig till vuxna konsumenter.

(32) Mars andel i värdetermer av lösglassmarknaden i Irland under perioden juni–september 1996 var cirka 6 %, en nedgång från en andel på 7 % under samma period 1995 och från cirka 10 % sommaren 1994 och 14 % 1993. I volym är Mars andel något mindre, vilket återspeglar premiumkvaliteten i det produktsortiment som företaget erbjuder. Under sommarmånaderna 1995 och 1996 uppgick andelen till omkring 4 %, en minskning från en andel på cirka 6 % sommaren 1994 och 8 % 1993. Under perioden juni–juli 1997 uppgick Mars volymandel till 4 % och dess värdeandel till 5 %.

b) *Valley*

(33) Fram till likvideringen i oktober 1997 tillhandahöll Valley ett brett sortiment av lösglass, dock inga produkter i premiumkategorin. Valley hade tidigare haft finansiella svårigheter, bland annat likviderades och återbildades företaget 1985. Sommaren 1996 hade Valley en marknadsandel (värde) på omkring 6 %, jämfört med 7 % åren 1994 och 1995 samt 5 % år 1993. Dess volymandel uppgick till omkring 8 % år 1996, jämfört med 9 % under föregående år. Under perioden juni–juli 1997 uppgick Valleys volymandel till 3 % och dess värdeandel till 2 %. Från 1989 till början av 1997 var Valley huvuddistributör för Mars lösglassprodukter.

c) *Nestlé*

(34) Nestlé är ett multinationellt företag med dotterföretag i glassbranschen i de flesta medlemsstater. Nestlé gick in på den irländska marknaden 1994 och uppnådde en marknadsandel i såväl volym- som värdetermer på omkring 2 % åren 1995 och 1996, en ökning från omkring 1 % år 1994. Under perioden juni–juli 1997 uppgick Nestlés volym- och värdeandel till 2 %.

d) *Häagen Dazs*

(35) Häagen Dazs (ingår i Grand Metropolitan-koncernen) gick in på den irländska marknaden för lösglass 1993 med ett begränsat sortiment av högt prissatt lyxglass. Dess andel av glassmarknaden är mycket liten och har inte beräknats separat av Nielsen.

e) *Dale Farm*

(36) Dale Farm, ett dotterföretag till mejeriföretaget Northern Foods i Förenade kungariket, är främst etablerat i Nordirland där det är marknadsledande. Företaget distribuerar sin glass genom oberoende franchisetagare och agenter. Det uppnådde en marknadsandel i volym och värde på 1 % för somrarna 1995 och 1996, en ökning från 0,5 % år 1994. Under perioden juni–juli 1997 uppgick Dale Farms volym- och värdeandel båda till 1,5 %. Dale Farm distribuerar även Mars produkter, men dessa levereras av Mars dotterföretag i Förenade kungariket, inte av det irländska dotterföretaget.

f) *Leadmore*

(37) Leadmore är en regional tillverkare av glassprodukter. I december 1995 ställdes Leadmore Ice Cream Ltd under konkursförvaltning. Företaget såldes enligt kontinuitetsprincipen av konkursförvaltaren i maj 1995 och ombildades som Leadmore (Ireland) Ltd. Företaget hade en värdeandel av marknaden på omkring 0,5 % under somrarna 1995 och 1996 samt under tiden juni–juli 1997, en minskning från 3 % sommaren 1994. Leadmore verkar huvudsakligen inom ett begränsat geografiskt område.

g) *Leverantörer av mjukglassmix*

(38) De främsta leverantörerna av blandningar för mjukglass vid sidan av HB (se ovan) är följande: R&F Martin (under varumärket Angelito's), med en uppskattad marknadsandel på 35 % och Pritchards, med en uppskattad andel på 20 %. Bland övriga leverantörer finns Leepatrick Dairies och Dawn Dairies med mindre andelar.

4. *Distributionskanaler för lösglass i Irland*

i) **Allmänt**

(39) I Irland distribueras industriell lösglass till konsumenterna genom flera olika typer av detaljhandel och andra återförsäljningsställen, från speceriaffärer, den traditionella detaljhandeln (dvs. tobakshandlare, godisaffärer, tidningskiosker, *tobacconists, sweetshops, newsagents* de s.k. TSN), bensinstationer, kiosker, till nöjesetablissemang och fritidscentra. De klart viktigaste försäljningsställena för impulsköp är den traditionella detaljhandeln, speceriaffärer (inklusive symbol- och franchisegrupper) och bensinstationer. Detta framgår av AV Nielsens undersökningar [14] av glassmarknaden i Irland sommaren 1992 och april–maj 1995 som ger följande fördelning (i värdetermer) av försäljningen av lösglass på de olika kategorierna av återförsäljningsställen:

	juni–juli 1992	augusti–september 1992	april–maj 1995
Kedjebutiker	3 %	4 %	2 %
Speceriaffärer	60 %	59 %	55 %
TSN/bensinstationer	37 %	37 %	43 %

(40) AC Nielsen undersökningar av detaljhandeln 1991 och 1994 visar på följande detaljhandelsstruktur inom livsmedels- och konfektbranschen (antal försäljningsställen):

	1991	1994
Kedjebutiker	154	160
Symbolgrupper	999	1 015
Speceriaffärer	6 069	5 652
TSN	1 864	1 863
Bensinstationer	1 186	979
Totalt	10 272	9 669

(41) Det framgår att strukturen inte har förändrats i någon större utsträckning under treårsperioden, förutom en minskning av antalet speceriaffärer. I de flesta av dessa försäljningsställen säljs lösglass: 1994 var andelen 95 %. HB uppskattar på grundval av AC Nielsens uppgifter att antalet försäljningsställen som säljer lösglass uppgår till 9 454 (1997).

(42) Kedjebutiker (en kategori av försäljningsställen som till största delen utgörs av stormarknader) säljer huvudsakligen hemglass, inklusive flerpack, och dessa lagras ofta på samma sätt som andra frysta livsmedel, i detaljhandlarens egna frysdiskar. Det bör också noteras att lösglass och hemglass i en del mindre speceriaffärer i Irland kan säljas från samma försäljningsställen och till och med från samma frysdiskar.

(43) I normala återförsäljningsställen finns uppenbart endast begränsat utrymme för utplacering av frysdiskar. De försäljningsställen som är viktigast för försäljningen av lösglass har i allmänhet små ytor och har följaktligen särskilda utrymmesbegränsningar. Lösglass är för de flesta detaljhandlare en marginell produkt som står för endast en liten del av ett försäljningsställes omsättning och vinst och som tävlar om försäljningsutrymme med en rad andra produkter (impulsköpprodukter och icke-impulsköpprodukter), varav många har den fördelen att de inte varierar säsongmässigt och sålunda kan erbjuda högre försäljningssiffror per år och ytenhet [15]. Enligt information från HB uppgår glassförsäljningen till endast 8,5 % i värde av den totala försäljningen i Irland av impulsköpprodukter (konfekt, läskedrycker, godis och glass). Desutom är alla tillgängliga ytor i ett försäljningsställe inte av samma värde för försäljning av impulsköpprodukter, där synligheten är av avgörande betydelse (jfr fotnot 9).

(44) Tillträde till distributionen mäts normalt som a) ”ovägd (numerisk) distribution”, dvs. den procentuella andel av försäljningsställen som för lösglass, i numeriska värden, och där en tillverkares produkter finns att tillgå, och b) ”vägd distribution”, dvs. den procentuella andel av försäljningsställen som för lösglass och där en tillverkares produkter finns att tillgå, vägd efter omsättningen på lösglass. Fastän den vägda distributionen i allmänhet anses vara ett viktigare mått på ett företags distributionsnivå, har den numeriska distributionen då det är fråga om impulsköpprodukter särskild betydelse – den ger det mest exakta måttet på en

[14] AC Nielsens redovisningar av lösglassmarknaden är den enda pålitliga källan för uppgifter om distributionen av lösglass i Irland. De försäljningsställen som ingår i Nielsens s.k. population är desamma som undersöks i dess konfektyrredovisningar och utesluter en del marginella glassförsäljningsställen såsom biografer, teatrar och glasstånd.

[15] Den marknadsundersökning som Lansdowne genomförde sommaren 1996, och som redovisas utförligt nedan, visade att det endast förekommer obetydliga förflyttningar av frysdiskar för att tillgodose säsongmässiga variationer i efterfrågan (se skäl 97 nedan).

produkts tillgänglighet (och synlighet) för konsumenterna. Betydelsen av en hög nivå för den numeriska distributionen är som störst då impulsköpprodukter lanseras på marknaden för första gången, då den ökar chansen att konsumenterna kommer att prova produkten åtminstone en gång.

ii) **HB**

(45) HB:s glassprodukter finns att tillgå i varje kategori av distributionskanaler som nämns ovan i punkt 39. HB säljer lösglassprodukter till totalt [. . .] kunder. [. . .] ([. . .] %) av HB:s kunder har en årsomsättning av lösglass från HB på mindre än 1 500 irländska pund.

(46) Enligt undersökningar som AC Nielsen utfört i Irland under de senaste åren uppnådde HB omkring 79 % numerisk distribution och 94 % vägd distribution för sina lösglassprodukter under perioden augusti–september 1995. Det betyder att dess produkter såldes i 79 % av antalet försäljningsställen ([16]) och att HB:s lösglass såldes i försäljningsställen som stod för 94 % av den totala försäljningen av lösglass i Irland. Siffrorna var nästan desamma för perioden juni–juli samma år, då den vägda andelen var 95 %. Under juni–juli 1994 uppgick den numeriska och den vägda andelen för HB till 78 % respektive 92 %. Augusti–september samma år var siffrorna 79 % respektive 93 %. Under perioden juni–juli 1996 uppgick HB:s numeriska distribution till 82 % och dess vägda andel till 96 %. Siffrorna var oförändrade under augusti–september 1996, men under juni–juli 1997 var HB:s numeriska distribution 85 % och dess vägda andel 97 %.

iii) **Mars**

(47) Enligt AC Nielsen uppnådde Mars en numerisk distribution på omkring 35 % och en vägd distribution på 48 % för sina lösglassprodukter under perioden augusti–september 1995. Siffrorna var desamma för perioden juni–juli samma år. Juni–juli 1994 uppgick den numeriska och den vägda distributionen till 36 % respektive 56 %. I augusti–september samma år var siffrorna 34 % respektive 52 %. Under perioden juni–juli 1996 var Mars numeriska distribution 32 % och dess vägda andel 43 %, i augusti–september 1996 var den numeriska distributionen 31 % medan den vägda andelen var oförändrad. I juni–juli 1997 var den numeriska distributionen 30 % och den vägda andelen 40 %.

(48) Mars beräknar (på basis av en undersökning som genomfördes av dess dåvarande försäljningspersonal) att före beviljandet av ett interimistiskt föreläggande av Irlands High Court 1990 (som därefter permanentades, se skäl 3) som förbjöd Mars att locka detaljhandlare att lagra Mars glassprodukter i HB:s frysdiskar hade företaget uppnått en nivå på cirka 42 % numerisk distribution på den irländska marknaden för lösglass. Denna nivå nåddes under de första månaderna efter lanseringen av dess produkter på den irländska marknaden och uppnåddes till stor del genom att Mars produkter placerades i HB:s frysdiskar. Mars uppskattar att dess distributionsnivå efter föreläggandet sjönk till under 20 %.

iv) **Övriga tillverkare**

(49) Valley uppnådde i augusti–september 1995 en numerisk distribution på 29 % och en vägd distribution på 36 % under samma period. I juni–juli 1995 var motsvarande siffror 30 % respektive 37 %. Juni–juli 1994 var de 28 % respektive 39 %, i augusti–september 1994 29 % respektive 39 %. Under perioden juni–juli 1996 var Valleys numeriska distribution 26 % och dess vägda andel 31 %, i augusti–september 1996 var den vägda andelen 30 % medan den numeriska var oförändrad. I juni–juli 1997 minskade den numeriska distributionen till 20 % och den vägda andelen till 19 %.

(50) Nestlé uppnådde i augusti–september 1995 en numerisk distribution på 20 % och en vägd distribution på 25 %. För juni–juli 1995 var motsvarande siffror 20 % respektive 26 %. Juni–juli 1994 var de 19 % respektive 18 %, i augusti–september 1994 20 % respektive 19 %. Försäljningen av enbart en av Nestlés produkter, "Fruit Pastilles", stod för största delen av dess distributionssiffror för 1994. Under perioden juni–juli 1996 var Nestlés numeriska distribution 19 % och dess vägda andel 24 %, i augusti–september 1996 var den numeriska andelen 18 % och den vägda 25 %.

([16]) De verkliga siffrorna för den ovägda respektive den numeriska distributionen är något högre, eftersom inte alla av de försäljningsställen som deltog i undersökningen håller lösglass i lager. T.ex. sålde endast 93 % av alla undersökta försäljningsställen lösglass under denna tidsperiod. I detta fall är det därför mer korrekt att justera siffran på 79 % till 79/93 = 85 %. En liknande justering kunde göras för alla tidsperioder, vilket dock inte gjorts i detta beslut. Denna avvikelse gäller inte siffrorna för vägd andel.

I juni–juli 1997 ökade distributionen till 20 % och den vägda andelen minskade till 21 %.

(51) Dale Farm uppnådde en numerisk distribution under augusti–september 1995 på 11 % och en vägd distribution på 12 % under samma period. I juni–juli 1995 var motsvarande siffror 11 % respektive 11 %. I juni–juli 1994 var de 5 % respektive 6 %, i augusti–september 1994 4 % respektive 6 %. Under perioden juni–juli 1996 var Dale Farms numeriska distribution 9 % och dess vägda andel 8 %, i augusti–september 1996 var den numeriska distributionen 8 % och den vägda andelen 7 %. I juni–juli 1997 var den numeriska andelen 11 % och den vägda andelen 11 %.

(52) Innan en konkursförvaltare utsågs för Leadmore i slutet av 1994 hade företaget under juni–juli 1994 säkrat en numerisk distribution på 17 % och en vägd andel på 15 %. För motsvarande period 1995 var den numeriska distributionen cirka 10 %. Under perioden juni–juli 1996 var Leadmores numeriska distribution 7 % och dess vägda andel 6 %. I juni–juli 1997 var den numeriska andelen 4 % och den vägda andelen 7 %.

5. *Distributionssystem för lösglass i Irland i allmänhet*

(53) Storskalig distribution av industriell glass kräver bland annat täta leveranser med kyltransporter från fabrikerna till försäljnings- och utskänkningsställen, som i sin tur måste ha frysanläggningar (vanligtvis frysdiskar) i sina lokaler. Glasstillverkarna måste antingen bygga upp egna distributionsnät för frysvaror eller ingå avtal som ger dem tillgång till andra glasstillverkares eller grossisters distributionsnät. Distributörerna måste kunna garantera täta leveranser och snabba reaktioner på beställningar med kort varsel, i synnerhet sommartid.

(54) I Irland har det varit brukligt att tillverkarna av lösglass lånar ut frysdiskar till detaljhandlare som ”kostnadsfritt lån” (dvs. utan någon direkt avgift) och på basis av avtal där detaljhandlaren förbinder sig att uteslutande använda frysdiskarna för lagring av leverantörens produkter (frysdiskexklusivitet). Detta framgår av den marknadsundersökning som redovisas nedan (se skälen 90–91). Leverantören står vanligtvis för det tekniska underhållet av frysdiskarna, också det ”kostnadsfritt” (utan någon direkt kostnad). Tillverkarna levererar ofta största delen av sina produkter direkt, inklusive genom agenter, till detaljhandlarna utan att sälja till oberoende mellanhänder. Partihandeln med glass sker i liten skala i Irland.

(55) Innan HB 1996 gjorde sig av med en del av sitt bestånd av frysdiskar (se skälen 72–73) tycks det ha funnits mycket få detaljhandlarägda frysdiskar installerade i Irland för lagring och försäljning av lösglassprodukter, såsom framgår av den marknadsundersökning som redovisas i skäl 85 och följande.

6. *HB:s distributionssystem för lösglass i Irland*

i) **Allmänt**

(56) HB har ett direkt distributionssystem för 80 % av sina försäljningsställen för glass i Irland. Leveranserna sker direkt till frysdiskarna, vare sig de ägs av HB eller ej. HB har regionala depåer varifrån lokala leveranser i HB:s egna frysbilar görs. De återstående 20 % av dess försäljningsställen får sina leveranser från åtta olika lokala agenter som sköter distributionen för HB:s räkning. Arrangemangen med dessa distributörer har funnits länge och beror på logistiska svårigheter för HB att på annat sätt få geografisk täckning genom direkt distribution till alla försäljningsställen. På den irländska marknaden är HB ensamt om att ha ett landstäckande, vertikalt integrerat distributionsnät.

(57) HB erbjuder rabatter på köp av dess glass i förhållande till omsättningen (gäller inte mjukglassmix). De ges enligt en graderad skala som sträcker sig från en rabatt på 2 % för köp på 1 350–2 750 irländska pund till 11 % för köp på 26 601 irländska pund eller mer (1997). Rabatterna beviljas alla detaljhandlare av HB:s glass oberoende av vem som äger frysdiskarna.

ii) **Tillhandahållande av frysdiskar**

a) *Frysdiskar för enbart HB-produkter*

(58) HB har under många år tillhandahållit detaljhandlarna frysdiskar för lagring och skyltning av lösglass på försäljningsstället [17]. Frysdisken har antingen lånats ut till detaljhandlaren utan någon

[17] Lagring av HB:s hemglassprodukter är också tillåten.

direkt kostnad (se skälen 76–79) eller hyrts ut till en nominell årshyra (1 irländskt pund) utan betalningskrav. HB står också för underhåll och reparation av frysdiskarna. HB tillhandahåller inte utrustning för vidareförädling av mjukglassmix till detaljhandlarna.

(59) Frysdisken levereras i enlighet med ett standardavtal som undertecknas av HB som den ena parten och detaljhandlaren som den andra parten. De viktigaste bestämmelserna i avtalet är följande:

— HB åtar sig att till detaljhandlaren leverera en frysdisk som förblir i HB:s ägo och åtar sig även att på egen kostnad sköta det tekniska underhållet av den (utom då skada uppstått genom felanvändning eller försummelse från detaljhandlarens sida).

— Frysdisken får endast användas för lagring av produkter för försäljning som levererats av HB. Följaktligen får inga produkter som tillverkats eller levererats av tredje part säljas eller utbjudas till försäljning från frysdisken eller lagras i den.

— Avtalet kan sägas upp när som helst av endera parten med två månaders uppsägningstid ([18]).

— Detaljhandlaren åtar sig att ge frysdisken en framträdande placering i sin lokal. Endast reklam från HB får placeras ovanpå eller på sidorna av frysdisken.

(60) Antalet detaljhandlare med vilka HB har sådana frysdiskavtal (dvs. med exklusivitetsvillkor) uppgår till 7 907 (1997). HB har lämnat följande specifikation av sina frysdiskavtal:

	1995	1996 ([1])	1997
Speceriaffärer	10 224	8 420	8 315
TSN	1 749	1 440	1 410
Bensinstationer	1 170	951	925
Andra försäljningsställen	323	487	500
Totalt	13 453	11 298	11 150

([1]) Dessa siffror återspeglar situationen i september 1996 och beaktar de frysdiskar som HB avyttrade under 1995 och 1996 (se skälen 72–73 nedan).

([18]) HB har dock uppgett att man i praktiken inte försöker driva igenom kravet på två månaders uppsägningstid för detaljhandlare som vill säga upp avtalet med kortare varsel eller helt utan varsel.

(61) HB har för närvarande [. . .] frysdiskar installerade vid ingången ([19]) till försäljningsställen i Irland (1997). 1995 sålde HB för [. . .] irländska pund i försäljningsställen med avtal om frysdiskar från HB, vilket utgjorde omkring [. . . mer än 95 % . . .] av den totala mängd lösglass som HB sålde i Irland under det året (se skäl 27). 1994 sålde HB för [. . .] irländska pund i försäljningsställen med avtal om frysdiskar från HB, vilket likaså utgjorde omkring [. . . mer än 95 % . . .] av den totala mängd lösglass som HB sålde i Irland under året.

(62) Det har inte varit HB:s officiella politik att tillhandahålla en frysdisk till varje försäljningsställe som erbjuder sig att lagra glass. I stället tillämpar HB både finansiella och kommersiella kriterier ([20]). Det finansiella kriteriet grundar sig på marginalkostnaden för HB för att använda ett nytt försäljningsställe, knutet till en godtagbar avkastning på investeringen. Det innefattar därför en bedömning av a) HB:s nettokostnad för frysdisken och b) dess rörliga vinstmarginal för glassförsäljningen genom försäljningsstället. Det kommersiella kriteriet uttrycks som ett årligt säljmål, baserat på en uppskattad minimiomsättning för det relevanta försäljningsstället.

(63) Avsevärda ekonomiska fördelar uppnås totalt sett när det är HB i stället för enskilda detaljhandlare eller t.o.m. stora inköpsföreningar som står för kostnaden och underhållet av frysdiskar. Som en del av Unileverkoncernen (som årligen köper in ett mycket stort antal frysdiskar) erhåller HB betydande rabatter vid dessa storskaliga inköp. Exempelvis uppskattar HB att kapitalkostnaden (inklusive leverans, förvaring, skötsel m.m.) för en detaljhandlare vid köp av en standardfrysdisk på en meter skulle bli avsevärt mycket högre än HB:s kapitalkostnad för att tillhandahålla en likadan frysdisk. HB har egen kylteknisk personal för underhåll och reparationer av frysdiskar, och utnyttjar även tjänster från lokala kyltekniska företag. Åren 1994, 1995 och 1996 uppgick HB:s kostnader för frysdiskar (inklusive inköp, installation underhåll, ”kontroll” och avskrivningar) till [. . .] %, [. . .] % respektive [. . .] % av dess omsättning inom lösglassförsäljningen.

([19]) En del frysdiskar är av lagringsskäl placerade i det bakre utrymmet av försäljningsstället.

([20]) HB har dock uppgett att man i praktiken inte alltid insisterar på strikt uppfyllande av dessa kriterier som en nödvändig förutsättning för att få motta en frysdisk från HB.

(64) Den betydelse som företagen i Unileverkoncernen tillmäter strategin att tillhandahålla frysdiskar med exklusivitetsvillkor framkom särskilt tydligt efter Mars inträde på den europeiska marknaden i slutet av 1980-talet. Följande utdrag (skälen 65–68) ur dokument från företaget visar hur avgörande Unilever vid den tiden ansåg bevarandet av frysdiskexklusiviteten vara.

(65) I ett dokument från Unileverkoncernen daterat den 3 september 1990 med titeln *Mars position in Europe and the FPC*([21]) *response* (Mars ställning i Europa och FPC-taktiken), är en av punkterna under rubriken *Strategic approach* följande: ”... att vidta *alla* åtgärder för att bevara frysdiskexklusiviteten”.

(66) I ett annat FPC-dokument daterat i april 1989 under titeln *European Ice Cream Marketing Strategy* (marknadsföringsstrategi för glass i Europa) hänvisas till betydelsen av frysdiskexklusivitet med bibehållet ägande av frysdiskarna: ”Vi måste behålla *äganderätten till frysdisken*, i synnerhet i de fall där distributionen sköts av tredje part för att också i fortsättningen ett enda märke, så långt som möjligt genom *exklusivitetsavtal*, skall levereras till frysen och de facto till försäljningsstället.”

(67) I *Minutes of the Marketing Managers Meeting* (protokoll från marknadsföringsdirektörernas möte, ett FPC-dokument) från ett möte i Rotterdam i november 1989 finns följande uttalanden: ”HB har pressat tillbaka Mars till endast 400 försäljningsställen (4,2 %) från dess topp i augusti på 1 920 frysdiskar (29,7 %) genom att inrätta en särskild insatsgrupp ... I vissa fall har de [HB] kunnat köpa ut Mars från försäljningsställen. Omläggningar till andra frysanläggningar och en mycket selektiv indragning av frysdiskar tillämpas också ...”. Under rubriken *Mars, What next?* (Mars – nästa steg) sägs att ”För att uppnå ekonomiska skalfördelar i produktionen måste Mars uppnå betydande volymökningar. De måste bryta ned distributionsbarriären ... Att förvägra Mars tillträde till distributionen är den viktigaste omedelbara motåtgärden till deras inträde på marknaden ...”.

(68) I ett internt strategidokument från Unilever med titeln *Frozen Products Coordination, Sales Directors Conference, June 1990, Vienna, Highlights and Follow-up Action* (Samordning av frysta produkter, konferens för försäljningsdirektörer, juni 1990, Wien, viktigaste punkter och uppföljningsåtgärder) understryks betydelsen av frysdiskexklusiviteten. Under rubriken ”Exklusivitet” sägs följande: ”Vi är alla nogsamt medvetna om att en av grundpelarna för framgång – EXKLUSIVITET – nu är hotad i många länder:

— Exklusivitet på koncessionsinnehavar- och distributörsnivå.

— Exklusivitet i fråga om försäljningsställen och frysdiskar.”

b) *Ändring av frysdiskpolitiken*

(69) På grund av kommissionens invändning av den 29 juli 1993 (se skäl 5) och efter diskussioner med kommissionen har HB ändrat sitt distributionssystem. Förändringarna har anmälts till kommissionen som en ansökan om ickeingripandebesked eller, om detta inte kan uppnås, ett undantag (se skäl 6). I det ändrade systemet ingår standardavtalet, med vilket HB fortsätter att på begäran tillhandahålla HB-exklusiva frysdiskar till detaljhandlare såsom beskrevs ovan (skälen 58–59) samt HB:s standardförsäljningsvillkor och rabattsystem (se skäl 57). I de senare ingår nu ett nytt prissättningssystem för glassprodukter (se skäl 76–79) och införande av ett nytt hyrköpsystem (se skäl 70–71) som utformats för att underlätta för detaljhandlare att skaffa frysdiskar.

(70) Som alternativ till att motta en frysdisk från HB enligt standardavtalet har företaget infört ett hyrköpsystem för frysdiskar som utformats för att göra det möjligt för detaljhandlare att köpa egna frysdiskar. Frysdiskarna erbjuds till det grossistpris som HB betalat för dem, som det framgår av den faktura från den oberoende frysdiskleverantören. Enligt avtalet skall detaljhandlare erbjudas en ”visi-top” frysdisk (med genomskinligt lock) som är en meter lång och avtalet skall avse en frysdisk åt gången per försäljningsställe. Närmare uppgifter om systemet publiceras i HB:s prislistor och tillhörande reklammaterial. Återbetalning skall ske under en maximitid på fem år. Villkoren för tidigare återbetalning utan straffavgift skall klargöras för detaljhandlaren. Krediträntan skall vara den gällande räntan för hyrköp i Irland([22]). Frys-

([21]) *Frozen Products Coordination* (samordning av frysprodukter).

([22]) Det bör bestämmas enligt objektiva kriterier, t.ex. Bank of Irelands utlåningsränta till småföretag.

disken skall endast under återbetalningstiden användas enbart för att lagra HB:s produkter. Underhållet skall skötas av Unilever under hela återbetalningsperioden, och under denna period skall hyrköparna vara berättigade till engångsbeloppet enligt prisdifferentieringssystemet (se skälen 76–79) minus underhållskostnaderna [23].

(71) Unilever har meddelat kommissionen att man tror att systemet skall "visa sig vara lockande för detaljhandlarna och uppmuntra dem att köpa egna frysdiskar". Sedan systemet med hyrköp infördes i Irland i början av 1995 har inte en enda detaljhandlare uttnyttjat erbjudandet.

(72) För att frigöra ett betydande antal försäljningsställen på kort sikt har Unilever lovat kommissionen att sälja en redan installerad frysdisk, som skall vara placerad "vid ingången till lokalen och ha en godtagbar återstående livslängd" till detaljhandlare vid ett stort antal (cirka 20 %) försäljningsställen där frysdiskar då (december 1994) fanns installerade. Totalt skulle 1 750 frysdiskar säljas. Högst 400 sådana frysdiskar skulle säljas till försäljningsställen med en årlig omsättning av HB:s lösglass under 650 irländska pund och ingen till försäljningsställen med en årlig omsättning av dessa produkter under 400 irländska pund. Från och med försäljningstillfället skulle detaljhandlarna vara berättigade till ett årligt engångsbelopp enligt prisdifferentieringssystemet (se skälen 76–79). Försäljning skulle ske till detaljhandlare som vid tillfället hade en enda frysdisk från HB. Priset skulle fastställas till en nivå som säkerställde att dessa resultat uppnås. Försäljningen skulle genomföras vid ett tillfälle under 1995 respektive 1996, med lika fördelning mellan 1995 och 1996. En rimlig geografisk fördelning skulle säkerställas. Försäljningen av frysdiskarna hade som syfte att ge en snabbstart åt en utveckling mot ett läge där detaljhandlarna ägde frysdiskarna. Unilever hävdade att åtgärden skulle "medföra en synlig och substantiell förändring av den relevanta marknaden till 1995 års säsong. Detta (skulle) ge en "snabbstart" åt processen, vars framtida utveckling garanteras av den dubba prisstrukturen och hyrköpsystemet".

(73) I enlighet med detta åtagande har HB avyttrat [. . .] frysdiskar i [. . .] återförsäljningsställen sedan början av 1995. Nästan alla dessa överlåtelser genomfördes under första hälften av 1996 [24] och i de flesta fall överläts frysdiskarna [. . .] till detaljhandlarna. Enligt HB uppfyller 1 750 av överlåtelserna de villkor som återges ovan i skäl 72. Nästan alla de frysdiskar som överläts var av modeller eller typer som inte har nyinstallerats av HB i försäljningsställen under åtminstone de [. . .] senaste åren. De överlåtna frysdiskarnas genomsnittliga ålder var nästan [. . .] år [25]. Alla frysdiskar som överläts hade inte varit installerade i försäljningsställen, en del ([. . .], enligt HB) var installerade i skolor, personalmatsalar, badanläggningar o.d. Mer än [. . .] kunder förvärvade fler än en frysdisk genom överlåtelsesystemet. HB koncentrerade överlåtelserna till vad man betecknar som "småbutikssektorn". Enligt HB uppgår den totala omsättningen av lösglass i alla de försäljningsställen som förvärvat frysdiskar på detta sätt till omkring [. . .] miljoner irländska pund.

c) *Nyare installationer av frysdiskar och produktspridning*

(74) 1994 intensifierade HB moderniseringen av sitt bestånd av frysdiskar och ersatte många av de äldre frysdiskmodellerna [26]. 1993 installerades [. . .] nya frysdiskar i försäljningsställen, 1994, [. . .], 1995, [. . .] och till augusti 1996, [. . .]. I allmänhet kräver de nya frysdiskarna större golvyta i försäljningsställarna (fast de i vissa fall har mindre volym), inte endast därför att deras yta är större utan även därför att många av dem är av en typ som bör stå fritt från andra fasta inventarier och väggarna i affären. HB talar om ett förändrat mönster i dess handel av frysdiskar, som det beskriver som en "ökad popularitet för den fristående modellen, till stor del på bekostnad av vistop-modellen och den stängda modellen", "en

[23] Underhållskostnaderna beräknades uppgå till [. . .] irländska pund 1995, och sålunda var det belopp som betalades till hyrköpare det året [. . .] irländska pund per år. HB skulle vara flexibelt beträffande betalningar av bonusen till dem som valde att hyrköpa under loppet av 1995.

[24] Under 1995 såldes endast [. . .] stycken och de flesta under andra hälften av året.

[25] Den genomsnittliga livstiden för en frysdisk uppskattas av HB till tio år. Frysdiskarna amorteras av HB på åtta år.

[26] HB hävdar att det "satte igång ett program för att upprätthålla HB-märkets profil och synligheten för dess produktsortiment genom att bland annat ersätta gamla frysdiskar med modernare enheter". Mars hävdar att "Unilever genomförde ett exceptionellt program för att ersätta frysdiskar 1994 och 1995. En jämförelse mellan Rosslyns två undersökningar visar att ersättningstakten 1994/95 uppgick till mer än 230 % av takten för 1990/91". Mars fortsätter med att "Unilevers nya frysdiskar är alla av större modell än de som de ersatte (förutom en modell som inte utplacerats i större utsträckning)".

gradvis ökning av andelen frysdiskar med en längd på mer än en meter" och "en gradvis minskning av frysdiskarnas totala storlek med beaktande av längd, bredd och höjd". Enligt HB förklaras detta mönster av "två huvudfaktorer": i) den minskade andelen TSN och små oberoende speceriaffärer av det totala antalet försäljningsställen innebär att andelen av det totala beståndet av frysdiskar som utgörs av den meterlånga visitop-modellen som är typisk för sådana försäljningsställen uppvisar en motsvarande minskning, och ii) tillverkarnas införande av nya frysdiskar som utformats för att vara mer lämpade för självbetjäning och av den anledningen längre och lägre".

(75) Mars påpekar att "Unilevers allmänna produktspridning och utvidgning av sitt sortiment syftar till att fylla dessa frysdiskar så att detaljhandlarna kan övertygas om att de har ett 'komplett sortiment' av glassprodukter och därför inte har behov av att saluföra produkter från konkurrerande tillverkare".

d) *Prissättning*

(76) Fram till mars 1995 tillhandahöll HB sina glassprodukter och frysdiskar till så kallat "totalpris". Detta pris innefattar kapitalkostnaderna för frysdisken, dess underhåll och värdet av glassprodukterna. Alla detaljhandlare fick betala samma pris oberoende av vem som är ägare till frysdiskarna där produkterna lagras. En detaljhandlare med egen frysdisk betalade således samma pris för HB:s glass som en som hade erhållit en frysdisk av HB. I meddelandet om invändningar från år 1993 (se skäl 5 ovan) drog kommissionen den preliminära slutsatsen att denna prissättningspolitik innebar en överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget genom att den diskriminerade detaljhandlare som inte mottagit någon frysdisk från HB men som ändå köpte HB:s glass. Kommissionen drog den preliminära slutsatsen att totalprissättningen inte endast tjänade som ett medel för att bevilja exklusivitet, till skada för konkurrerande leverantörer av lösglass, utan att den också medförde diskriminering mellan handelspartner genom att behandla olikartade situationer på likartat sätt. Detaljhandlare med egna frysdiskar betalade i själva verket för en tjänst som de inte erhöll och tvingades därigenom att subventionera tillhandahållandet av frysdiskar till dem som tog emot HB:s frysdiskar. De förstnämnda detaljhandlarna fick därmed ett sämre konkurrensläge i jämförelse med de sistnämnda.

(77) På grund av kommissionens invändning övergav HB 1995 totalprissättningen och införde ett "differentierat" eller "dubbelt" prissystem. Detta möjliggör betalning av ett engångsbelopp till detaljhandlare som lagrar HB:s glass men inte använder en frysdisk från HB, under förutsättning att detaljhandlaren uppnår en årlig minimiomsättning av HB-glass (försäljning från försäljningsstället) på 650 irländska pund (bruttoförsäljningsvärde). Detta engångsbelopp är för närvarande fastställt till 78 irländska pund per år och återspeglar de kostnadsbesparingar för försäljning och underhåll som HB får genom att inte erbjuda och underhålla en standardfrysdisk på 1 meter till detaljhandelaren. Tröskeln för detaljhandlarens omsättning är fastställd till en nivå som enligt HB garanterar företaget en minimivinst på glassförsäljningen till en detaljhandlare.

(78) Unilever hävdade att det nya systemet "utformats för att avskaffa alla ekonomiska incitament för detaljhandlaren att motta en frysdisk från HB", och hävdade vidare att systemet skulle "få en betydande effekt på den påstådda utestängningen från marknaden, då fler detaljhandlare upptäcker att de med bonusbeloppet kan finansiera inköp av en egen frysdisk".

(79) Systemet har varit i bruk från början av 1995 och villkoren publiceras i HB:s prislistor. För 1995 skulle detaljhandlare som har egna frysdiskar under en del av året få en partiell bonus. Engångsbeloppet kan justeras regelbundet för att anpassas till förändringar av HB:s kostnader. På samma sätt kan försäljningströskeln ändras. Alla ändringar skall genomföras med full insyn. I mars–april 1996 var [. . .] detaljhandlare berättigade till och erhöll bonusen för den dubbla prissättningen för inköp av lösglass från HB under år 1995. Under 1997 var [. . .] detaljhandlare berättigade till och erhöll bonusen för den dubbla prissättningen för inköp av lösglass från HB under år 1996.

7. ***Andra tillverkares system för distribution av lösglass i Irland***

i) **Mars och Valley**

(80) År 1989 utsågs Valley av Mars till distributör av dess nyutvecklade glassprodukter. Före föreläggan-

det mot Mars av Irlands High Court 1991 (se skäl 3 ovan) hade några detaljhandlare också lagrat produkter från Mars i frysdiskar som ägdes av HB. Ursprungligen levererade Mars till Valley som sedan levererade Mars produkter till frysdiskar som ägdes av Valley eller Mars samt till sådana som de gemensamt inköpt. Sedan 1993 har dock Mars haft en viss egen distribution. Efter High Courts utslag 1992 som gjorde föreläggandet mot Mars slutligt, ändrade Mars och Valley sina frysdiskavtal för att göra dem leverantörsexklusiva. Mars påstår att dess "totala kostnader för frysdiskar enbart under år 1994 uppgick till 22 % av dess omsättning av lösglass" under samma år. I mars 1997 sade Mars upp sitt distributionsavtal med Valley.

ii) **Nestlé**

(81) Sedan Nestlé gick in på den irländska marknaden för lösglass 1994 har företaget installerat frysdiskar med exklusivitetsvillkor i detaljhandeln. Nestlé distribuerar sin glass i Irland enbart genom distributörer. Då företaget 1994 gick in på glassmarknaden slöt det ett avtal med Leadmore om samarbete i distributionen. Detta samarbete upphörde efter den första glassäsongen.

iii) **Dale Farm**

(82) Dale Farm tillhandahållar frysdiskar till försäljningsställen som "kostnadsfritt lån", avsedda uteslutande för lagring av glass från Dale Farm och Mars samt andra frysta livsmedel från Northern Foods.

iv) **Häagen Dazs**

(83) Häagen Dazs installerar frysdiskar hos detaljhandlare för lagring av dess lösglass och andra glassprodukter. Frysdiskarna är till största delen små och förenade med exklusivitetsvillkor. Alla Häagen Dazs glassprodukter säljs genom distributörer.

v) **Leadmore**

(84) Leadmore tillhandahåller frysdiskar med exklusivitetsvillkor till detaljhandlare.

8. ***Marknadsundersökningar och kvantifiering av utestängningen***

(85) Till att börja med bör en allmän kommentar beträffande marknadsundersökningar göras. Det finns alltid en viss felmarginal när data tas från stickprov, oavsett hur noggrant urvalet av den ifrågavarande totala marknaden gjorts med avseende på dess representativitet. Det är dock det enda effektiva och ekonomiskt genomförbara sättet att få fram olika slag av uppgifter om marknaden. Tillförlitligheten hos sådana uppgifter kan dessutom ökas väsentligt om fler än en undersökning av en viss marknad tenderar att ömsesidigt bekräfta varandras rön, vilket är fallet med de tre marknadsundersökningar som redovisas nedan.

(86) Samtidigt som HB medger att en grov korrelation föreligger mellan resultaten av Lansdownes och B&A:s undersökningar, kritiserar företaget Rosslyns undersökning med avseende på dess representativitet som påstås vara "baserad på återbesök hos försäljningsställen som undersökts tidigare, för omkring fem år sedan" i en liknande undersökning. Denna ursprungliga undersökning påstås ha varit "baserad på ett slumpmässigt urval utan försök till stratifiering" enligt försäljningsställenas typ och storlek. Rosslyns undersökning bygger "i oproportionerligt hög grad på TSN på bekostnad av oberoende speceriaffärer", i motsats till Lansdownes och B&A:s undersökningar som är stratifierade enligt den s.k. Nielsens population av försäljningsställen (Nielsen Universe of outlets). Det är också den enda av de tre undersökningarna som utfördes innan HB gjorde sig av med en del av sina frysdiskar under det s.k. snabbstart-systemet. Kommissionen har även noterat att B&A-undersökningen grundar sig i betydligt högre grad på stora försäljnigsställen än de två andra undesökningarna.

i) **Lansdowne-undersökningen**

(87) Undersökningen genomfördes för kommissionens räkning av Lansdowne Market Research Limited under perioden juli–augusti 1996, då glassäsongen kulminerar. Ett slumpmässigt urval på 591 försäljningsställen gjordes och det säkerställdes att detta

urval var representivt för den relevanta detaljhandeln [27]. Den geografiska spridningen, inbegripet en klar uppdelning mellan stad och landsbygd, säkerställdes. Uppgifterna togs fram genom personliga utfrågningar av ägarna eller företagsledarna i alla försäljningsställen. De viktigaste resultaten av undersökningen redovisas nedan.

(88) 84 % av alla frysdiskar i de undersökta försäljningsställena ägdes av en tillverkare eller leverantör av glass. 61 % av alla leverantörsfrysdiskar ägdes av HB [28], 11 % av Mars, 9 % av Valley, 8 % av Nestlé, 4 % av Dale Farm [29], 2 % av Leadmore och 1 % Häagen Dazs.

(89) 12 % av alla frysdiskar ägdes av detaljhandlare, 2 % innehades som hyrköp av en glasstillverkare och 1 % äges av en sammanslutning av detaljhandlare. 38 % av de frysdiskar som ägdes av detaljhandlare hade köpts av HB eller agenter för HB.

(90) Andelen försäljningsställen med endast en frysdisk för lösglass var 58 %, med två sådana frysdiskar 35 % och med tre eller flera 7 %. Det genomsnittliga antalet frysdiskar per försäljningsställe var 1,5.

(91) 85 % av alla försäljningsställen som sålde lösglass hade åtminstone en leverantörfrysdisk. 72 % [30] hade åtminstone en frysdisk från HB, 14 % hade åtminstone en frysdisk från Mars, 10 % från Nestlé, 10 °% från Valley, 5 % [31] från Dale Farm, 2 % från Leadmore, 1 % från Häagen Dazs och 5 % från andra leverantörer. 17 % av alla försäljningsställen hade åtminstone en frysdisk som ägdes av detaljhandlaren själv.

(92) 56 % av alla försäljningsställen hade en eller flera frysdiskar från en enda tillverkare eller leverantör (och kunde följaktligen endast sälja glassprodukter från denna tillverkare eller leverantör), 27 % hade frysdiskar ägda av mer än en tillverkare eller leverantör (och inga ägda av detaljhandlaren). Följaktligen hade 83 % av alla försäljningsställen endast frysdiskar från tillverkare eller leverantörer. 17 % av alla försäljningsställen hade åtminstone en frysdisk ägd av detaljhandlaren själv. Dessa 17 % består av 12 % av alla försäljningsställen som endast hade frysdiskar ägda av detaljhandlaren och 5 % av alla försäljningsställen som både hade frysdiskar ägda av detaljhandlarna och frysdiskar från tillverkare eller leverantörer.

(93) Dessa uppgifter fördelades också enligt omsättningen av lösglass hos de försäljningsställen som deltog i undersökningen. Det fanns tre kategorier: i) försäljningsställen med en omsättning på mindre än 1 000 irländska pund (22 % av försäljningsställena), ii) försäljningsställen med en omsättning mellan 1 000 och 2 000 irländska pund (23 % av försäljningsställena) samt iii) försäljningsställen med en omsättning på 2 000 irländska pund eller mer (40 % av försäljningsställena) [32]. 28 % av försäljningsställena i kategori i) hade åtminstone en frysdisk som ägdes av detaljhandlaren själv (22 % hade endast frysdiskar ägda av detaljhandlaren, 6 % hade både frysdiskar ägda av detaljhandlaren och levererade av tillverkare eller leverantörer). 19 % av försäljningsställena i kategori ii) hade åtminstone en frysdisk som äges av detaljhandlaren själv (15 % hade endast frysdiskar ägda av detaljhandlaren, 4 % hade både frysdiskar ägda av detaljhandlaren och leverade av tillverkare eller leverantörer). I kategori iii) hade dock endast 10 % av försäljningsställena åtminstone en frysdisk som ägdes av detaljhandlaren själv (4 % hade endast frysdiskar ägda av detaljhandlaren, 6 % hade både frysdiskar ägda av detaljhandlaren och leverade av tillverkare eller leverantörer). 58 % av försäljnigsställena i kategorierna i) och ii) hade frysdiskar från endast en tillverkare eller leverantör (och kunde följaktligen endast sälja glassprodukter från denna tillverkare eller leverantör). 53 % av försäljningsställena i kategori iii) kunde endast sälja glassprodukter från denna enda tillverkare eller leverantör.

[27] 68 % av urvalet var speceriaffärer eller närbutiker, 21 % TSN, 11 % bensinstationer. Kedjebutiker ingick inte. 92 % av försäljningsställena i urvalet hade oberoende ägare, ytterligare 6 % ingick i butikskedjor (symbolgrupper).

[28] Inklusive HB-frysdiskar som ägdes av agenter.

[29] Inklusive Dale Farm-frysdiskar som ägdes av agenter.

[30] Inklusive 2 % (av alla försäljnigsställen) vars frysdiskar ägs av agenter för HB.

[31] Inklusive 1 % (av alla försäljningsställen) vars frysdiskar jägs av agenter för Dale Farm.

[32] 15 % av försäljningsställena vägrade att uppge sin omsättning.

(94) 95 % av HB:s frysdiskar finns i försäljnigsställen som endast har frysdiskar från tillverkare, 58 % av HB:s frysdiskar finns i försäljningsställen med endast HB:s frysdiskar. Försäljningen av lösglass i försäljningsställena i den senare kategorin är nästan densamma som i alla andra försäljningsställen med frysdiskar från HB.

(95) 47 % av alla försäljningsställen kunde endast sälja glassprodukter från en enda tillverkare eller leverantör, med endast en frysdisk i varje försäljningsställe. 8 % kunde endast sälja glassprodukter från en enda tillverkare eller leverantör, med endast två frysdiskar. 41 % av alla försäljningsställen kunde endast sälja HB:s glassprodukter – 35 % av alla försäljningsställen kunde endast sälja HB:s glassprodukter, med enbart en frysdisk från HB, 6 % med två eller flera frysdiskar enbart från HB. 15 % av alla försäljningsställen kunde endast sälja glassprodukter från en enda tillverkare eller leverantör, annan än HB. Inget av dessa andra märken har ett betydande antal försäljningsställen knutna till försäljning enbart av dess produkter.

(96) Den genomsnittliga åldern för de frysdiskar som ingick i undersökningen var 3,02 år. För frysdiskar ägda av detaljhandlarna var den genomsnittliga åldern 4,50 år, för HB-frysdiskar 2,92 år, för frysdiskar från Mars 2,06 år, för frysdiskar från Valley 3,53 år, för frysdiskar från Nestlé 1,65 år. Detaljhandlarna kunde inte uppge åldern för var sjätte frysdisk som ingick i undersökningen.

(97) Då detaljhandlarna fick frågan om det skulle vara ett ”lönsamt alternativ” för dem att använda mer utrymme för att installera ytterligare en frysdisk för lösglass, svarade 87 % av dem nej och 11 % ja. 53 % av alla försäljningsställen ansåg att en frysdisk skulle vara det optimala antalet i affären under sommarsäsongen (glassäsongen), 36 % ansåg att två skulle vara optimalt, 8 % tre och 1 % fyra eller fler. Det genomsnittliga optimala antalet var 1,57. Lansdowne kommenterade att ”det är uppenbart att det antal frysdiskar som för närvarande finns installerade i försäljningsställen runt omkring i landet uppfattas ligga nära det maximala antalet för lönsamhet”.

(98) 97 % av de undersökta frysdiskarna var permanent installerade i affären (dvs. de hade inte bara förts in för sommarsäsongen). 87 % av alla försäljningsställen uppgav att de aldrig installerade extra frysdiskar i affären för att klara av den ökade efterfrågan under sommaren. 6 % sade att de ibland gjorde så, ytterligare 6 % att de alltid gjorde så.

(99) 90 % av alla undersökta frysdiskar används enbart för att lagra glass (50 % enbart för att lagra lösglass, 40 % för att lagra både lösglass- och icke-lösglass). 94 % av alla undersökta frysdiskar som ägs av tillverkare används uteslutande för att lagra glass (54 % enbart för att lagra lösglass, 40 % för att lagra både lösglass- och icke-lösglass), men endast 67 % av alla frysdiskar som ägs av detaljhandlare används uteslutande för att lagra glass (26 % enbart för att lagra lösglass, 41 % för att lagra både lösglass- och icke-lösglass, 34 % för att lagra både glass- och icke-glassprodukter).

(100) De detaljhandlare som inte hade egna frysdiskar tillfrågades om anledningen till att de inte ägde sådan. 54 % uppgav att det inte lönade sig, 25 % att kostnaden var oöverkomlig, 9 % att de endast behövde glass av ett märke och 4 % att det var opraktiskt.

(101) Alla detaljhandlare som inte ägde sina frysdiskar eller som inte redan hade frysdiskar genom hyrköp från HB-tillfrågades om HB:s hyrköpsystem intresserade dem. 8 % uppgav att det intresserade dem, medan 78 % inte var intresserade. 54 % uppgav att de överhuvudtaget inte var intresserade, 24 % att de inte var särskilt intresserade, 5 % hade ingen åsikt, 6 % var ganska intresserade, 2 % mycket intresserade. Det allra främsta skälet som uppgavs för detta ointresse var tillfredsställelse med de rådande frysdiskarrangemangen.

(102) Alla försäljningsställen som endast kunde sälja HB:s glassprodukter tillfrågades om det fanns efterfrågan på andra märken än HB. 53 % svarade att det inte fanns någon sådan efterfrågan, 40 % att det fanns (31 % uppgav en liten efterfrågan, 9 % en stor). Samma kategori av försäljningsställen tillfrågades vidare om de var intresserade av

att hålla andra märken än HB i lager. 62 % ([33]) sade att de inte var intresserade (32 % ([34]) inte alls intresserade, 30 % ([35]) inte särskilt intresserade); 9 % hade ingen åsikt; 25 % ([36]) var intresserade (17 % ([37]) ganska intresserade, 8 % ([38]) mycket intresserade).

(103) Av dem som var intresserade av att hålla andra märken än HB i lager (25 % av 41 % av alla försäljningsställen, dvs. 10 % av alla försäljningsställen) uppgav 53 % att de inte var beredda att installera en extra disk för att lagra sådana märken, medan 40 % sade att de var beredda att göra det. Nästan alla de som inte var beredda att göra så uppgav utrymmesbegränsningar som huvudskäl. Majoriteten av dem som var beredda att installera en extra disk föredrog en frysdisk med leverantörsexklusivitet.

(104) De detaljhandlare som var intresserade av att hålla andra märken än HB i lager tillfrågades också om de skulle vara beredda att ersätta en av sina nuvarande HB-frysdiskar med en frysdisk från en annan glassleverantör. 82 % sade sig inte var beredda att göra det, medan 11 % var positiva till det. De huvudskäl som angavs för oviljan att ersätta frysdiskar från HB var detta företags popularitet och ledande ställning samt tillfredsställelse med de existerande arrangemangen. Samma grupp tillfrågades vidare om de skulle vara beredda att ersätta eller byta ut en av deras nuvarande HB-frysdiskar mot en frysdisk som skulle hyras eller hyrköpas av detaljhandlaren själv. 76 % uppgav att de inte vara beredda att göra det, medan 18 % var positiva till det. De huvudskäl som angavs för bristen på beredvillighet var tillfredsställelse med det nuvarande arrangemanget och kostnadsskäl. Slutligen tillfrågades samma grupp om de skulle vara beredda att byta ut den frysdisk från HB mot två mindre frysdiskar, varav en inte ägdes av HB. 49 % svarade nej, 44 % ja.

([33]) I meddelandet om invändningar angavs felaktigt 65 % (från de preliminära undersökningsresultaten). Undersökningen bifogades i sin helhet meddelandet om invändningar.
([34]) I meddelandet om invändningar felaktigt angett som 37 %.
([35]) I meddelandet om invändningar felaktigt angett som 28 %.
([36]) I meddelandet om invändningar felaktigt angett som 22 %.
([37]) I meddelandet om invändningar felaktigt angett som 16 %.
([38]) I meddelandet om invändningar felaktigt angett som 6 %.

ii) **Rosslyn-undersökningen**

(105) Mars har också beställt en undersökning av den irländska marknaden för lösglass. Undersökningen utfördes av den Londonbaserade firman Rosslyn Research Ltd ([39]) även om fältarbetet gjordes av det lokala företaget Irish Marketing Surveys. Rosslyn-undersökningen omfattar 408 försäljningsställen med geografisk spridning över hela Irland och med en spridning på försäljningsställen av olika storlek och typ. En del av de viktigaste resultaten av Rosslyns undersökning återges nedan, tillsammans med en del jämförande siffror från Rosslyns undersökning från år 1991. På grundval av de resultat som denna undersökning gav, beställde Mars även en ekonomisk analys, som också diskuteras nedan.

(106) Andelen försäljningsställen med endast en frysdisk för lösglass längst fram i lokalen uppgick till 64 % ([40]), andelen med två sådana frysdiskar var 31 % ([41]) och med tre eller flera 4 % ([42]). Det genomsnittliga antalet frysdiskar per försäljningsställe var 1,42 ([43]).

(107) 92 % ([44]) av frysdiskarna ägdes av tillverkaren av de produkter som förvarades i frysdisken. 6 % ([45]) av frysdiskarna ägdes av detaljhandlaren själv. 64 % ([46]) av frysdiskarna ägdes av HB ([47]), 14 % ([48]) av Mars, 4 % av Valley, 2 % av Dale Farm och 1 % av Leadmore.

(108) 50 % av försäljningsställena hade endast en HB-frysdisk, 5 % hade endast två HB-frysdiskar, 2 % hade endast en frysdisk från Mars, vardera 1 % hade endast en frysdisk från Valley, Dale Farm respektive Leadmore. 14 % hade en HB- och en Mars-frysdisk, 7 % hade en HB-frysdisk och en

([39]) Samma företag utförde för Mars räkning i december 1991–januari 1992 en nästan identisk undersökning, vars resultat återgavs i kommissionens meddelande om invändningar av den 29 juli 1993. Samtliga utom 40 var samma försäljningsställen som intervjuades 1991.
([40]) 79 % år 1991.
([41]) 20 % år 1991.
([42]) 1 % år 1991.
([43]) 1,22 år 1991.
([44]) 89 % år 1991.
([45]) 11 % år 1991.
([46]) 71 % år 1991.
([47]) 68 % av de frysdiskar som var placerade bak i affärerna.
([48]) 1 % år 1991.

frysdisk från någon annan tillverkare förutom Mars.

(109) 97 % av de frysdiskar som tillhandahölls av tillverkare eller leverantörer utlånades av tillverkaren. Av dessa tillhandahölls 99 % kostnadsfritt. 88 % tillhandahölls med exklusivitetsvillkor ([49]). 27 % ([50]) av de detaljhandlare som hade frysdiskar från tillverkare uppgav att de skulle vilja lagra andra tillverkares produkter i frysdiskarna (68 % ([51]) var inte intresserade).

(110) 87 % av detaljhandlarna med frysdiskar med tillverkarexklusivitet skulle vara tvungna att installera en till frysdisk om de önskade sälja ett annat glassmärke. Av dessa ansåg 67 % att de inte ”hade plats” för det. Av dem som uppgav att de hade plats, sade 15 % att de valt att inte installera en andra frysdisk därför att det ”inte skulle vara lönsamt med tanke på de löpande kostnaderna” och 13 % därför att de hade ”bättre användning för utrymmet”. 43 % av dem som hade plats sade att de skulle vara beredda att installera en andra frysdisk ”om efterfrågan på en annan produkt var stor”.

(111) Av de frysdiskar som ersattes (återlämnades, byttes ut eller ändrades) med en annan frys från samma eller en annan glasstillverkare under de föregående fem åren tillhörde 78 % HB. 55 % av frysarna återlämnades, utbyttes eller ändrades för att ersättas av en modernare frys. Ytterligare 25 % av dem återlämnades, utbyttes eller ändrades för att ersättas av en större frys. 74 % av de nya frysarna tillhörde HB. De frysar som återlämnades, utbyttes eller ändrades ersattes nästan undantagslöst med frysar från samma tillverkare – 214 av de 234 ersatta frysarna var HB-frysar som ersattes med HB-frysar.

(112) 72 % av alla försäljningsställen sade att de inte var beredda att installera en ersättningsfrysdisk eller en extra frysdisk. Av dem som skulle vara beredda att göra det (26 % av det totala stickprovet) var 82 % inte villiga att själva köpa en frysdisk. 94 % av dem skulle inte vara beredda att motta en frysdisk med exklusivitetsvillkor som ett lån motsvarande kostnaderna för tillhandahållandet av frysdisken. 80 % skulle inte acceptera att hyra en frysdisk utan exklusivitetsvillkor, däremot skulle 84 % vara villiga att ta emot en lånefrysdisk med exklusivitetsvillkor. Då samma 26 % av urvalet tillfrågades om de kunde installera en extra frysdisk (utöver en annan med exklusivitetsvillkor) svarade 77 % att de inte kunde det. Av dessa uppgav 51 % utrymmesbrist och bättre användning av utrymmet som skäl, medan ytterligare 22 % ansåg att det inte skulle vara lönsamt med tanke på de löpande kostnaderna. Av dem som uppgav att de kunde (20 % av 26 % av det totala utvalet) var endast 17 % villiga att göra det.

(113) Undersökningen genomfördes i mitten av april 1996. Endast 5 % av detaljhandlarna hade erbjudits en frysdisk inom ramen för snabbstartsystemet (se skälen 72–73). Endast 13 % av detaljhandlarna till HB:s hyrköpsystem.

(114) Den ekonomiska analysen utfördes av det ekonomiska analysföretaget Case Associates och har titeln ”Estimating foreclosure levels in the Irish ice cream market” (Uppskattning av utestängningsnivåerna på den irländska glassmarknaden). I denna analys dras ett antal slutsatser på basis av undersökningen. Analysen avser bland annat att beräkna hur stor del av alla försäljningsställen som är ”stängda” i den meningen att det skulle krävas installation av en ny frysdisk för att en nytillkommande på marknaden skulle kunna sälja sin glass i dessa. Slutsatsen, enligt ett beräkningssätt, är att åtminstone 89 % ([52]) av alla försäljningsställen som säljer lösglass är stängda i denna mening. Med en alternativ beräkningsmetod ger analysen en utestängningsnivå (i den mening som beskrevs ovan)

([49]) Eftersom inga leverantörer tycks tillhandahålla frysdiskar utan exklusivitetsvillkor är det mycket sannolikt an de återstående 12 % också hade ett exklusivitetsvillkor som detaljhandlarna var omedvetna om.

([50]) 52 % år 1991.

([51]) 44 % år 1991.

([52]) Beräkningen baseras på det faktum att endast 45 frysdiskar i de 408 utvalda försäljningsställena inte hade tillhandahållits av leverantörer (de ägdes av detaljhandlarna, ”annan ägare” eller ”vet ej”) – om något försäljningsställe hade fler än en sådan frysdisk skulle utestängningsnivån vara ännu högre.

på 84 % ([53]). Ytterligare en tredje beräkningsmetod sätter utestängningsnivån högre, på 93 % ([54]).

iii) **B&A-undersökningarna**

(115) HB har också beställt en marknadsundersökning som genomfördes under perioden augusti–september 1996 av Behaviour & Attitudes Limited, ett marknadsundersökningsföretag. Resultaten av denna undersökning ingick i HB:s skriftliga svar på meddelandet om invändningar. Undersökningen omfattade 507 försäljningsställen, geografiskt spridda över hela Irland och fördelade på färsäljningsställen av olika storlek och typ ([55]). De viktigaste resultaten av undersökningen redovisas nedan.

(116) [. . .] % av de undersökta försäljningsställena hade en frysdisk längst fram i lokalen, [. . .] % hade två frysdiskar och [. . .] % hade tre eller flera. HB:s produkter såldes i [. . .] % av de undersökta försäljningsställena, Mars i [. . .] %, Valley i [. . .] %, Nestlé i [. . .] % och Häagen Dazs i [. . .] %. I [. . .] % av de undersöka försäljningsställena lagrades inga andra än HB:s glassprodukter. HB möter direkt konkurrens från andra glassmärken i [. . .] % av de undersökta försäljningsställena, dvs. i mindre än [. . .] % av de försäljningsställen där dess produkter säljs.

(117) Bland försäljningsställena med endast en frysdisk var [. . .] % av dessa HB-frysdiskar, [. . .] % var från Mars, [. . .] % från Valley, [. . .] % från Nestlé och [. . .] % ägdes av detaljhandlarna. Av dem med två eller flera frysdiskar hade [. . .] % åtminstone en frysdisk från HB, [. . .] % en från Mars. [. . .] % en från Valley, [. . .] % en från Nestlé, [. . .] % en från Häagen Dazs och [. . .] % en frysdisk som ägdes av detaljhandlaren. [. . .] % av alla undersökta försäljningsställen hade endast en enda frysdisk från HB längst fram i lokalen.

(118) B&A frågade detaljhandlarna hur ofta märken som de då inte höll i lager efterfrågades. [. . .] % svarade att de aldrig efterfrågades, [. . .] % svarade sällan, [. . .] % svarade ibland och [. . .] % att de ofta efterfrågades. Av dem som någon gång fick förfrågningar om märken som inte hölls i lager vidtog [. . .] % inga åtgärder, [. . .] % ”lade till en tillverkare” och ingen ”bytte tillverkare”. I undersökningen framkom att under de senaste sju åren hade [. . .] % av försäljningsställena i något skede tagit in nya glassmärken och att [. . .] % av försäljningsställena någon gång hade avfört glassmärken ur lagret. Det huvudskäl som angavs för detta var brist på efterfrågan från konsumenterna ([. . .] %), dåliga leveranser ([. . .] %) och bristfälligt underhåll av frysdiskarna ([. . .] %).

(119) Detaljhandlare med endast en frysdisk i sin försäljningslokal tillfrågades om de var villiga att installera en andra frysdisk. [. . .] % var negativa, [. . .] % positiva och resten visste inte. Huvudskälet som angavs för oviljan var utrymmesbrist. Samma försäljningsställen tillfrågades även om sin villighet att ersätta den existerande frysdisken. [. . .] % var negativa, [. . .] % positiva och resten visste inte. Huvudskälen för oviljan var tillfredsställelse med den nuvarande leverantörens produktsortiment och frysdisk. Samma detaljhandlare tillfrågades vidare om de var villiga att ersätta sin existerande frysdisk med två mindre frysdiskar. [. . .] % var negativa, [. . .] % positiva och resten visste inte.

(120) Detaljhandlarna tillfrågades om de skulle hålla ett bredare sortiment i lager om tillverkarna inte längre skulle kräva frysdisksexklusivitet utan i stället ta ut en särskild hyra för frysdiskarna. [. . .] % uppgav att de skulle hålla ett större sortiment i lager, [. . .] % att de inte skulle göra det, [. . .] % att de skulle föra samma sortiment och [. . .] % att de helt och hållet skulle upphöra med lagerhållningen. De [. . .] % som förutsåg att de skulle hålla ett större sortiment i lager tillfrågades vidare om de skulle avse att köpa eller leasa en frysdisk hellre än att betala hyra. [. . .] % svarade att de skulle göra det, [. . .] % att de inte skulle göra det. Slutligen noterades i B&A:s undersökning mycket höga nivåer beträffande de under-

([53]) 234 försäljningsställen hade endast en frysdisk som tillhandahållits av en leverantör, 87 hade en HB-frysdisk och en frysdisk från en annan leverantör, 23 försäljningsställen hade två HB-frysdiskar, tillsammans representerar dessa 344 försäljningsställen 84 % av hela urvalet.

([54]) Denna beräkningsmetod användes av William Bishop, en ekonom som analyserade utestängningsnivåer på grundval av Rosslyns undersökning från 1991. Metoden innebär att det totala antalet försäljningsställen i urvalet delas med det genomsnittliga antalet frysdiskar i alla dessa försäljningsställen, och sedan multipliceras med antalet frysdiskar som ägs av detaljhandlare och ”andra”. Denna metod utgår från att frysdiskar som ägs av detaljhandlare tenderar att vara fördelade bland försäljningsställena i samma proportioner som alla andra frysdiskar.

([55]) 20 % TSN, 63 % speceriaffärer, varav 10 % ”symbol”-affärer, 10 % bensinstationer, 7 % övriga. Kedjebutiker ingick inte.

sökta detaljhandlarnas tillfredsställelse med produktsortimentet, leveransarrangemangen och underhållsservicen från alla glassleverantörers sida.

(121) Tillsammans med sitt svar på meddelandet om invändningar lämnade HB också in en annan undersökning från B&A, som genomförts 1994 under titeln "New HB Cabinets: the Views of Retailers" (Detaljhandlarnas uppfattningar om nya frysdiskar från HB). Syftet med denna undersökning var att få uppgifter om detaljhandlarnas och konsumenternas uppfattningar om nyligen installerade frysdiskar från HB. Undersökningens målgrupp var följaktligen större försäljningsställen och den har på grund av detta ett något begränsat värde för detta besluts syften. I undersökningen framkom bland annat att detaljhandlarna värderade HB mer positivt än andra glassleverantörer vad gäller dess prestationer på ett antal olika punkter. Det framgick även att bland detaljhandlarna övervägde motviljan mot tanken att acceptera installation av två frysdiskar från HB i ett försäljningsställe, framför allt på grund av utrymmesbrist och kostnader.

(122) HB lämnade, tillsammans med sitt svar på meddelandet om invändningar, även in en "kvalitativ undersökning" under titeln "Retailers' Stocking Policy" (Detaljhandlarnas lagerhållningspolitik), som utförts av B&A för HB:s räkning i mars–april 1997 på grundval av 25 intervjuer. Syftet med denna undersökning var "att vinna en del kvalitativa kunskaper om detaljhandlarnas skötsel av sina lokaler", dock med förbehållet att resultaten endast kunde ses som "grova indikatorer". En del av resultaten redovisas nedan.

(123) De flesta av de intervjuade detaljhandlarna "går inte så långt att de räknar ut vinsten per kvadratfot", utan i stället "arbetar med sin egen instinktiva uppskattning av en sådan kalkyl". Det framfördes också en del synpunkter beträffande det faktum att ingenting kan lagras ovanpå frysdiskar för glass. Det medför att "de oftast placeras mitt på golvet", vilket "uppenbart medför visst bekymmer över underutnyttjande av utrymmet". Detaljhandlarna uppgav också att påfyllande av en frys "oftare för att maximera genomströmningen under sommarmånaderna" var att föredra framför att "ställa in extra frysar för att klara av efterfrågetoppar på glass under sommaren". I undersökningen framkom även att "omfördelning av utrymmena" för att möta "föränderlig konsumentefterfrågan" inte förekom "i stor utsträckning eftersom affärerna själva i allmänhet är relativt små".

iv) **Andra källor**

(124) HB uppskattar (1997) att [. . .] försäljningsställen är försedda med enbart en frysdisk från HB längst fram i lokalen, att nästan [. . .] försäljningsställen är försedda med fler än en sådan frysdisk och att, av totalt [. . .], håller uppskattningsvis [. . .] uteslutande HB:s lösglass i lager. På grundval av HB:s uppskattning om ett totalt antal försäljningsställen på [. . .] (se skäl 41) kan [. .mer än 40 %. .] av alla försäljningsställen inom detaljhandeln i Irland endast sälja HB:s lösglassprodukter.

(125) I ett dokument med titeln "Sales of cabinets in situ" (Försäljningar av installerade frysdiskar) som HB lade fram för kommissionen den 29 november 1994 hävdade HB att företaget "har [. . .] försäljningsställen inklusive agentförsäljningsställen. Av dessa delas [. . .] ([. . .] %) med andra leverantörer. Den totala populationen (Nielsen) är [. . .] försäljningsställen". Enligt dessa uppgifter var [. . .] försäljningsställen ([. . .] % av HB:s försäljningsställen) vid den tiden HB-exklusiva. De [. . .] HB-exklusiva försäljningsställena utgör [. .mer än 60 %. .] av alla försäljningsställen (enligt Nielsens population).

9. *Glassmarknaden i Nordirland*

(126) Glassbranschens struktur i Nordirland skiljer sig väsentligt från den irländska. Medan HB är den enda Unileverägda glasstillverkaren med verksamhet i Irland, är både HB och Unilevers dotterföretag inom glassbranschen i Förenade kungariket, Walls Ice cream Ltd, verksamma som glassleverantörer i Nordirland. Walls tar hand om handeln med flerpack medan den traditionella handeln nu till största delen sköts av HB. Dale Farm var till nyligen den ledande leverantören av glassprodukter i Nordirland [56], men sedan 1996 har HB/Walls övertagit ledarpositionen. Trots detta skiljer sig märkesmedvetenheten bland konsumenterna avsevärt mellan Irland och Nordirland, såsom framgår av att Dale Farm fortfarande har en marknadsandel på omkring 40 % i värdetermer (i motsats till dess försumbara andel av den irländska marknaden, se skäl 36). Även priserna för liknande produkter skiljer sig åt i viss utsträckning.

[56] Dale Farm fungerar som distributör för Mars i Nordirland.

(127) Medan HB i Irland vanligen distribuerar sina glassprodukter direkt till detaljhandlarna, använder sig företaget i Nordirland endast av agenter för att distribuera sina produkter. Beträffande arrangemangen för frysdiskar i Nordirland tar HB ut en årlig hyra för lån av sina frysdiskar och beviljar en prisminskning på de produkter som HB levererar till detaljhandlare med egna frysdiskar.

(128) Reglerna om tillåtna ingredienser i glass skiljer sig mellan Irland och Nordirland. I Irland måste glass ha ett minsta innehåll av mjölkfett på 5 % medan något sådant krav inte finns i Förenade kungarikets lagstiftning. Mervärdesskattesatserna skiljer sig också i viss utsträckning från varandra.

III. RÄTTSLIG BEDÖMNING

(129) Syftet med denna rättsliga bedömning är att avgöra om HB:s distributionssystem för sina lösglassprodukter i Irland, som innebär att företaget på grundval av ett villkor om frysdisksexklusivitet tillhandahåller frysdiskar till försäljningsställen som håller dess produkter i lager, är förenligt med artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Bedömningen av de ifrågavarande exklusivitetsavtalens förenlighet med artikel 85 görs med beaktande av de rättsliga och ekonomiska förhållanden i vilka de förekommer [57].

A. ARTIKEL 85.1

1. *Relevant marknad*

i) **Relevant produktmarknad**

(130) Den relevanta produktmarknaden omfattar i princip alla varor som på grund av sina egenskaper, sitt pris eller avsett ändamål, av konsumenterna uppfattas som i rimlig utsträckning utbytbara mot varandra [58]. Med tillämpning av dessa kriterier bör i första hand en distinktion göras mellan industriell och hantverksmässigt tillverkad glass (se skäl 10), på grundval av hur glassen tillverkas och distribueras. I Irland förekommer endast industriell glass i nämnvärd utsträckning. För det andra bör en distinktion göras mellan följande tre produktkategorier [59] av glass [60], på grundval av platsen för konsumtionen: lösglass, hemglass och catering-glass (se skäl 11).

(131) Glass som erbjuds konsumenterna som en del av catering-tjänster utgör en särskild produktmarknad [61]. Denna marknad består i huvudsak [62] av industriell glass för kunder som köper i parti, som de kan servera exempelvis som desserter. Ofta tillför den som står för förplägnaden värde till glassen.

(132) Produktens karaktäristiska egenskaper medför med nödvändighet att konsumtionsplatsen är avgörande för att bestämma den relevanta marknaden. På grund av att glass måste förvaras vid låg temperatur har en konsument som köper en sådan produkt i ett försäljningsställe i detaljhandeln i grund och botten två möjliga sätt att konsumera produkten. Den glass som konsumenten köpt kan antingen konsumeras omedelbart på eller i närheten av platsen för försäljningen för att tillfredsställa en impuls eller så snart som möjligt lagras i en frys, förmodligen i konsumentens eget hem, för att konsumeras vid ett senare tillfälle. Distinktionen på grundval av konsumentens avsedda ändamål med att köpa glassen bestämmer i sin tur skillnaderna i egenskaper och pris mellan lösglass och produkter som tas med hem. Hemglassprodukter förekommer vanligen i form av block eller kakor av glass eller som flerpack av enskilda artiklar, medan lösglassprodukter undantagslöst saluförs som enskilda artiklar. Det är därför uppenbart att lösglass och hemglass utgör särskilda och distinkta produktmarknader [63].

---

[57] Dom av den 12 december 1967 i mål 23/67, SA Brasserie de Haecht mot Consorts Wilkin-Janssen, Rec. 1967, s. 407, punkt 415.

[58] Dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen, Rec. 1978, s. 207, punkt 12.

[59] Det är allmänt accepterat att icke-glassprodukter inte hör till samma produktmarknad som glass. Se Irlands High Courts dom, fotnot 4.

[60] På grund av de obetydliga mängder lokalt tillverkad glass som säljs i Irland, behöver distinktionen mellan denna kategori och industriell glass inte göras i denna bedömning. Alla hänvisningar till glass gäller industriell glass.

[61] Dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Stergios Delimitis mot Henninger Bräu AG, Rec. 1991, s. I-935, punkt 17. Se även förstainstansrättens domar av den 8 juni 1995 i mål T-7/93, Langnese-Iglo GmbH mot kommissionen, REG 1995, s. II-1532, punkt 63 och i mål T-9/93, Schöller Lebensmittel GmbH mot kommissionen, REG 1995, s. II-1611, punkt 42.

[62] Enskilt förpackade artiklar kan även användas inom cateringsbranschen.

[63] Se fotnot 62 Langnese, punkt 64/65 f, Schöller, punkt 43/44 f.

(133) Ur konsumentens synvinkel kan enskilda artiklar framstå som i rimligt hög grad utbytbara mot enskilda portioner av glasskulor eller mjukglass. Beträffande mjukglass kan detta diskuteras då den inte innehåller mjölkfett. Konsumentens synpunkt är dock inte alltid det enda kriteriet för att avgränsa en produktmarknad. Det räcker inte heller med en undersökning begränsad till enbart de ifrågavarande produkternas objektiva egenskaper. Man måste också ta hänsyn till konkurrensförhållandena samt utbuds- och efterfrågestrukturerna på marknaden ([64]). Beträffande lösglass är det på grund av de olika förhållanden som gäller för produktionen och distributionen av dessa kategorier av lösglass därför nödvändigt att göra ytterligare en distinktion. På grund av kulglassens marginella betydelse i Irland behöver man inte överväga att inkludera den i den relevanta produktmarknaden. Däremot är försäljningen av mjukglass ganska utbredd i Irland.

(134) Enskilda glassartiklar köps av detaljhandeln i samma form som de säljs vidare i till konsumenterna. De är speciellt utformade för självbetjäning (se skäl 12 ovan). I fråga om mjukglass tillförs ett värde av detaljhandlaren som måste bearbeta den rumstempererade mjukglassmixen innan konsumenten kan serveras den färdiga produkten. Det mervärde som detaljhandlaren skapar på så sätt återspeglas i högre handelsmarginaler i allmänhet för mjukglass än för enskilt förpackade glassartiklar. Dessutom kräver mjukglass installationer av annat slag än de frysdiskar där enskilt förpackade glassartiklar lagras. Speciella mjukglassmaskiner måste installeras i försäljningsstället för att bearbeta och servera produkten. Även särskild personal (för kundtjänst och underhåll) och utrymmesresurser måste avdelas.

(135) Som följd av de ovan angivna skillnaderna med avseende på villkoren för distribution av mjukglass respektive enskilt förpackade glassartiklar råder olika och distinkta konkurrensvillkor för utbudet av den till detaljhandeln. Beträffande produktionen utgör produkternas (mjukglassmix respektive glass) olikartade egenskaper och framställningsteknologi ytterligare ett hinder för substitution av dem på utbudssidan. Förpackade artiklar kännetecknas dessutom av att i hög grad bära varumärken medan mjukglass i allmänhet inte säljs under något varumärke. Dessa skillnader på utbudssidan återspeglas däri att de två kategorierna av glass har olika tillverkare (se skäl 38): endast HB tillverkar båda typerna och även om så är fallet har företaget en mycket mindre andel av marknaden för mjukglass än för förpackade artiklar (se skälen 27 och 38). De utgör därför skilda produktmarknader.

(136) Även om de två ovan beskrivna kategorierna ansågs utgöra en enda produktmarknad, skulle detta inte på något väsentligt sätt påverka den föreliggande bedömningen. Anledningen är att mjukglassen är av mindre betydelse i jämförelse med värdet av lösglassmarknaden som helhet. Följaktligen skulle inte de olika tillverkarnas marknadspositioner förändras väsentligt. Faktum är att bland tillverkarna av förpackade artiklar skulle HB:s ställning försvagas minst om dess andel av mjukglassmarknaden medräknades (se skäl 38).

(137) Konkurrensförhållandena inom försäljningen utanför detaljhandeln (t.ex. skolor, personalmatsalar, sport- och fritidsanläggningar) har ofta kännetecken som skiljer dem från dem som råder i normala försäljningsställen inom detaljhandeln, framför allt genom att produkterna i många fall inte säljs direkt till allmänheten utan till en sammanslutning av konsumenter. I sådana sammanhang kan överväganden rörande utrymmeshantering vara tämligen annorlunda, och också prisnivåerna kan skilja sig åt. Impulsköpen genom sådana icke-detaljhandelsställen är dock relativt obetydliga och det är därför inte nödvändigt att avgöra om glass som säljs genom dessa försäljningsställen borde uteslutas från den relevanta marknaden. Exempelvis gäller endast 4 % av HB:s frysdiskavtal frysdiskar som installerats i försäljningsställen av detta slag utanför detaljhandeln (se skäl 60).

(138) Den produktmarknad som är relevant i föreliggande förfarande består sålunda av enskilt förpackade lösglassartiklar. Alla hänvisningar nedan till ”lösglass” avser endast sådana enskilt förpackade artiklar.

ii) **Relevant geografisk marknad**

(139) De objektiva konkurrensförhållandena beträffande utbud av och efterfrågan på lösglass skiljer sig i hög grad mellan olika delar av gemenskapen.

([64]) Dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot kommissionen, Rec. 1983, s. 3461, punkt 37.

Trots att produktionen av industriell glass uppvisat en tydlig tendens till internationalisering, är distributionen fortfarande till stor del organiserad nationellt. Distributionsavtal, inklusive avtal om frysdiskar och jämförbara kontrakt som innehåller exklusivitetsvillkor, sluts på nationell nivå. Det gäller även Irland. Nationella egenheter avspeglas i varierande marknadsstrukturer, produktsortiment och priser. Också konsumenternas preferenser beträffande produkttyper och märken kan variera. Det beror delvis på att en del glasstillverkare med verksamhet i flera medlemsstater använder olika märkesnamn i olika länder (se skäl 20), vilket tydligt illustrerar marknadernas nationella karaktär. Dessutom är de regler som styr tillverkningen av glass inte harmoniserade på europeisk nivå.

(140) I synnerhet skiljer sig marknaden för lösglass i Irland i flera viktiga avseenden från den i Nordirland, såsom beskrevs i skälen 126, 127 och 128. Konkurrensförhållandena är därför inte tillräckligt enhetliga för att tillverkarna och leverantörerna skulle behandla Irland och Nordirland som en enda marknad. Den relevanta geografiska marknaden är följaktligen Irland ([65]).

iii) **HB:s ställning på den relevanta marknaden**

(141) HB:s ställning på marknaden för enskilt förpackade lösglassartiklar är särskilt stark vilket framgår bland annat av dess marknadsandel under många år (se skäl 28 och skäl 255 ff). Denna styrkeposition återspeglas även i andelarna av den numeriska och vägda distributionen för HB:s lösglassprodukter (se skäl 46) samt av varumärkets styrka och bredden och popularitet för dess produktsortiment (se skälen 24–25). HB:s ställning på lösglassmarknaden stärks ytterligare av Unilevers starka ställning, inte endast på de andra glassmarknaderna i Irland (hemglass och catering), utan också på de internationella glassmarknaderna och på marknaderna för frysta livsmedel och konsumtionsvaror i allmänhet.

2. ***Konkurrensbegränsning***

(142) HB förser detaljhandlare med frysdiskar på basis av standardavtal för frysdiskar som innehåller bestämmelser om att diskarna uteslutande får användas för att lagra produkter för försäljning som levererats av HB (se skäl 56). Följaktligen får inga produkter som tillverkats eller levererats av tredje part säljas eller utbjudas till försäljning från dessa frysdiskar, och inte heller lagras i dem. Dessa avtal mellan HB och enskilda detaljhandlare utgör avtal mellan företag i den mening som avses i artikel 85.1. HB har ingått ett nät av sådana frysdiskavtal beträffande diskar som installerats i försäljningsställen över hela den relevanta geografiska marknaden.

(143) Dessa avtalsbestämmelser medför en begränsning av de avtalsslutande detaljhandlarnas förmåga att i sina försäljningsställen lagra och saluföra lösglassprodukter från konkurrerande leverantörer, i de fall då de enda frysdiskar för lagring av lösglass i försäljningsställena har tillhandahållits av HB, då de installerade frysdiskarna från HB sannolikt inte kommer att ersättas av frysdiskar ägda av detaljhandlarna eller av frysdiskar från konkurrenter, och då det inte är ekonomiskt genomförbart att avdela utrymme för installation av ytterligare en frysdisk. Denna begränsning har till följd att de konkurrerande leverantörerna är förhindrade att sälja sina produkter till dessa försäljningsställen och konkurrensen mellan leverantörer på den relevanta marknaden därmed begränsas.

(144) Efter att ha identifierat upphovet till den konkurrensbegränsning som nätet av HB:s frysdiskavtal (skäl 142) medför och de omständigheter under vilka det har begränsande effekter på detaljhandlare och leverantörer på den relevanta marknaden i den mening som avses i artikel 85.1 (skäl 143), återstår att påvisa förekomsten av dessa omständigheter. För att göra detta har inte den begränsande effekten av varje enskilt frysdiskavtal behandlats, utan i stället effekten av den kategori av avtal som uppfyller de angivna villkoren och utgör en identifierbar del av hela nätet av HB:s frysdiskavtal ([66]). Bedömningen av den begrän-

([65]) Se fotnot 62: Delimitis, punkt 18, beträffande den tyska ölmarknaden och Schöller, punkt 54, där förstainstansrätten accepterade att Tyskland var den korrekta geografiska marknaden för lösglass.

([66]) Se fotnot 62: Delimitis, punkt 19–24, Langnese, punkt 129–131 och Schöller, punkt 95–99.

sande effekten av denna del av HB:s avtalsnät gäller då på samma sätt för vart och ett av de avtal som bildar denna del [67].

(145) Bedömningen av den begränsande effekten har gjorts mot bakgrund av effekten av alla liknande nät av frysdiskavtal som andra glassleverantörer har på den relevanta marknaden samt mot bakgrund av eventuella ytterligare relevanta marknadsförhållanden. Den begränsande effekten har dessutom kvantifierats för att påvisa att den förekommer i betydande utsträckning.

3. *Beskrivning av försäljningsställen*

(146) För att avgöra exakt i vilken omfattning artikel 85.1 är tillämplig på HB:s frysdiskavtal är det nödvändigt att först analysera försäljningsställena för att identifiera de försäljningsställen som endast har frysdiskar från HB.

(147) Nät av frysdiskavtal med leverantörsexklusivitet (dvs. avtal enligt vilka leverantören tillhandahåller en frysdisk på villkor att endast produkter från denna leverantör får lagras i den) har uppenbart som effekt att begränsa detaljhandlarnas förmåga att lagra och sälja lösglassprodukter från ett antal konkurrerande leverantörer. Denna begränsning följer av de oundvikliga utrymmesbegränsningar som försäljningsställena i detaljhandeln har (se skäl 43). Det genomsnittliga antalet frysdiskar i försäljningsställena har beräknats till 1,5 i Lansdowne-undersökningen och till 1,42 i Rosslyn-undersökningen, vilket tydligt påvisar dessa begränsningar (se skälen 89 och 105). Detaljhandlarna är dessutom medvetna om dessa begränsningar, vilket framgår av deras uppfattning om det optimala antalet frysdiskar i ett försäljningsställe under högsäsong, 1,57 (se skäl 97).

(148) Endast en liten del av försäljningsställena i detaljhandeln i Irland har frysdiskar utan exklusivitetsvillkor [68]. Dessa kan betecknas som ”öppna” försäljningsställen, i den meningen att detaljhandlarna kan hålla lösglass från vilken leverantör som helst i lager. I Lansdowne-undersökningen, som genomfördes i juli 1996 [69], framkom (se skäl 92) att endast 17 % av alla försäljningsställen hade frysdiskar som ägdes av detaljhandlaren och sålunda kunde betecknas som öppna, samt att de återstående 83 % endast hade frysdiskar som tillhandahållits av leverantörer. I april 1996 [70] kom Rosslyn-undersökningen fram till (se skäl 114) att inte fler än 11 % av försäljningsställena kunde ha åtminstone en frysdisk utan exklusivitetsvillkor. Samtidigt ägdes endast 6 % av alla frysdiskar i de undersökta försäljningsställena av detaljhandlarna. De är de enda försäljningsställen som leverantörer av lösglass har direkt tillträde till utan att erbjuda detaljhandlarna en frysdisk för lagring av den nya leverantörens produkter och utan att övertala återförsäljaren att godta erbjudandet.

(149) De återstående försäljningsställena, utan icke-exklusiva frysdiskar, har en eller flera frysdiskar med villkor om leverantörsexklusivitet. I Lansdowne-undersökningen framkom att 83 % av alla försäljningsställen på den relevanta marknaden hör till denna kategori (se skäl 92). Rosslyn-undersökningen (se skälen 108 och 114) kom fram till att sammanlagt 84 % av de försäljningsställen som saluförde lösglass endast hade frysdiskar med leverantörsexklusivitet. Till dessa försäljningsställen har leverantörer som inte redan har frysdiskar på plats i dem inte direkt tillträde för att sälja sina produkter, utan att först ta sig förbi de betydande hinder som beskrivs nedan. På så sätt är sådana nytillkommande utestängda från dessa försäljningsställen. Fastän utestängningen inte är absolut i den meningen att detaljhandlaren genom avtal är förhindrad att sälja andra leverantörers produkter, kan försäljningsstället betecknas som stängt i den meningen att tillträde för konkurrerande leverantörer är i hög grad försvårat.

(150) Det är också uppenbart att största delen av försäljningen av lösglass sker genom försäljningsställen som endast har leverantörsexklusiva frysdiskar. Detta framgår inte endast av den klara

[67] I målen Langnese och Schöller, fotnot 62, uttalade förstainstansrätten i punkterna 129 respektive 95 att ”... om det finns ett nät av liknande avtal som ingåtts av samma tillverkare är bedömningen av effekterna av detta nät tillämplig på alla enskilda avtal som tillsammans bildar detta nät”.

[68] På grund av att alla leverantörer på den relevanta marknaden tillämpar frysdiskexklusivitet, innebär detta i praktiken en frysdisk som ägs av detaljhandlaren själv eller som lånas från någon annan än en glassleverantör.

[69] Dvs. efter att HB avyttrat en del av sitt frysdisksbestånd (se skälen 72–73).

[70] Dvs. före HB avyttrade en del av sitt frysdisksbestånd (se skälen 72–73).

numeriska övervikten för sådana försäljningsställen på den relevanta marknaden, utan också av den mycket lägre andelen av försäljningsställen med stor omsättning (av lösglass) som är öppna i den mening som beskrevs i skäl 138 ovan. Endast 10 % av försäljningsställen i kategorin med större omsättning är öppna, i jämförelse med 28 % av försäljningsställena i kategorin med mindre omsättning (se skäl 93).

(151) Merparten av dessa stängda försäljningsställen kan dessutom sälja glass från endast en enda leverantör i den meningen att de endast har frysdiskar med exklusivitetsvillkor från en glassleverantör. Enligt Lansdowne-undersökningen är 56 % av alla försäljningsställen i denna situation (se skäl 92).

(152) Största delen av de frysdiskar som tillhandahålls av leverantörer på den relevanta marknaden har tillhandahållits av HB, 61 % enligt Lansdowne-undersökningen (se skäl 88) och 64 % enligt Rosslyn (se skäl 107). Enligt Lansdowne-undersökningen har 72 % av alla försäljningsställen åtminstone en frysdisk från HB (76 % enligt Rosslyns undersökning, se skäl 108). HB uppskattar självt (se skäl 124) att 75 % av alla försäljningsställen i detaljhandeln på den relevanta marknaden har minst en HB-frysdisk.

(153) I Lansdownes undersökning framkom det även att 41 % av alla försäljningsställen endast kan sälja lösglassprodukter från HB på grund av att de endast har HB-frysdiskar. 35 % av alla försäljningsställen har endast en enda HB-frysdisk och ytterligare 6 % har fler än en. Enligt Rosslyns undersökning har 50 % (se skäl 108) av alla försäljningsställen endast en HB-frysdisk. I ytterligare 5 % av alla försäljningsställen finns det fler än en frysdisk från HB, men inte några från andra leverantörer. Det innebär att 55 % av försäljningsställena i stickprovet endast kunde sälja lösglassprodukter från HB (uteslutande lagring av HB-produkter) i den mening som beskrevs ovan. Enligt B&A har [. . .] % ([. . .] % av [. . .] %, se skälen 116–117) av alla försäljningsställen endast en enda HB-frysdisk. [. . .] % av urvalet av försäljningsställen lagrade uteslutande HB-produkter i den mening som beskrevs ovan (se skäl 116). [. .mer än 40 %. .] av alla försäljningsställen lagrar, enligt HB:s egen uppskattning, uteslutande produkter från HB i denna mening (jfr HB:s uppskattning i november 1994 på [. .mer än 60 %. .], se skäl 125).

(154) Nästan all HB:s lösglass säljs genom försäljningsställen som endast har frysdiskar med exklusivitetsvillkor. Detta framgår av att [. .mer än 95 %. .] av HB:s glass säljs genom försäljningsställen som har frysdiskar från HB (se skäl 61). Mot bakgrund av att endast 5 % av alla försäljningsställen är öppna och även har frysdiskar med exklusivitetsvillkor (se skäl 92) och att 95 % av HB:s frysdiskar finns i försäljningsställen som endast har frysdiskar med exklusivitetsvillkor (se skäl 94) måste man dra slutsatsen att nästan all HB:s försäljning sker genom sådana försäljningsställen [71].

(155) I Lansdownes undersökning påvisas att storleken på HB:s försäljning genom försäljningsställen med endast HB-frysdiskar, dvs. de som uteslutande lagrar HB-produkter på det sätt som beskrevs ovan, är nästan identisk med storleken på försäljningen av lösglass genom andra försäljningsställen för vilka HB har tillhandahållit frysdiskar för installation (se skäl 94). Dessutom framgår det av HB:s andel av den numeriska och den vägda distributionen att försäljningen i de försäljningsställen där företaget finns i allmänhet är större än i dem där HB inte är närvarande (se skäl 46). HB:s försäljning genom försäljningsställen som endast har frysdiskar från HB är därför minst lika stor som försäljningen genom alla andra försäljningsställen på den relevanta marknaden.

(156) Man kan således dra slutsatsen att i ca 40 % [72] av alla försäljningsställen på den relevanta marknaden har HB tillhandahållit de enda frysdiskar för lagring av lösglass som finns installerade (se skäl 153). HB har i sitt svar på meddelandet om invändningar uttryckligen hävdat att företaget inte bestrider denna slutsats. Det har vidare påvisats att omkring 40 % av försäljningen av lösglass på den relevanta marknaden sker genom denna kategori av försäljningsställen (se skäl 155). Dessa försäljningsställen lagrar uteslutande HB-produkter i den mening som beskrevs ovan. Avtalen om de frysdiskar som installerats i denna kategori av försäljningsställen utgör en identifierbar del av HB:s nät av frysdiskavtal.

[71] HB:s avyttrande av utplacerade frysdiskar under första halvåret 1996 har inte påverkat denna bedömning i någon betydande utsträckning. Förutom att de avyttrade frysdiskarna hade en genomsnittlig ålder på nio år (dvs. de håller åtminstone på att närma sig den normala livslängden för en frysdisk), skedde avyttringarna främst i försäljningsställen med liten omsättning (se skäl 73).

[72] Av det föregående framgår att detta är en försiktig uppskattning.

4. ***Villkor för resultatet att den identifierbara delen av HB:s nät av frysdiskavtal har en begränsande effekt på den relevanta marknaden***

(157) En leverantör som önskar få tillträde för försäljning av sina lösglassprodukter i ett försäljningsställe i detaljhandeln (dvs. en nytillkommande till försäljningsstället) där det finns åtminstone en frysdisk med exklusivitetsvillkor kan endast få detta om försäljningsstället i fråga har frysdiskar utan exklusivitetsvillkor (dvs. att det är ett öppet försäljningsställe i den mening som beskrevs i skäl 148) eller om leverantören kan övertyga detaljhandlaren att antingen ersätta en installerad frysdisk med exklusivitetsvillkor eller installera ytterligare en frysdisk vid sidan av redan installerade frysdiskar med exklusivitetsvillkor. Dessa två alternativ diskuteras under i) och ii) nedan med avseende på den kategori av försäljningsställen som identifierats i skäl 156.

i) **Sannolikheten för att en detaljhandlare övertygas om att ersätta en frysdisk från HB**

(158) Om en konkurrerande leverantör önskar få tillträde till ett försäljningsställe där de enda frysdiskarna för lagring av lösglass har tillhandahållits av HB, kan leverantören försöka övertala detaljhandlaren att ersätta en av HB:s frysdiskar med antingen en frysdisk som köps eller hyrs av detaljhandlaren själv från annat håll än glassleverantörer eller en frysdisk som tillhandahålls av den konkurrerande leverantören (den nytillkommande till försäljningsstället).

a) *Ersättning med detaljhandlarens egen frysdisk*

(159) En detaljhandlare som överväger att ersätta en frysdisk med exklusivitetsvillkor kommer endast att göra det om han förväntar sig att det ökar hans vinst. För att beräkna detta måste han beakta vilken styrka de etablerade företagen på den relevanta marknaden har. En detaljhandlare som överväger att ersätta en frysdisk från HB måste därför ta hänsyn till HB:s överväldigande styrkeposition på den relevanta marknaden (se skäl 141). Detta gäller särskilt när frysdisken från HB är den enda i det försäljningsställe där detaljhandlaren avser att ersätta denna HB-frysdisk med en egen. Man kan förvänta sig att de glassprodukter som lagras i frysdisken som ägs av detaljhandlaren i allmänhet kommer att återspegla de olika tillverkarnas respektive andelar av den relevanta marknaden. Med tanke på HB:s starka ställning är det sannolikt att produktsortimentet i försäljningsstället efter ersättningen inte kommer att förändras i någon större utsträckning. Det är därför inte troligt att detaljhandlaren kommer att förutse att hans vinst kommer att öka märkbart genom möjligheten att erbjuda en kombination av tillverkarnas produkter.

(160) Man bör heller inte bortse från detaljhandlarnas ovilja att ta risker som en faktor som gör det osannolikt att den detaljhandlare väljer att skaffa en egen frysdisk. Ovisshet om framtida vinster och det allmänt opraktiska i att vara tvungen att skaffa och underhålla en egen frysdisk utgör icke obetydliga hämskor, särskilt för små detaljhandlare. Man bör hålla i minnet att ovisshet om framtida vinster tenderar att avskräcka särskilt små detaljhandlare, för vilka den inneboende risken i en sådan investering (se nedan) skulle kunna få allvarliga konsekvenser varför denna investering verkar mindre lockande.

(161) Den investering som krävs för att en detaljhandlare skall kunna köpa en frysdisk, samt underhållskostnaderna, verkar avskräckande på detaljhandlare som därigenom skulle gå miste om en frysdisk som tillhandahålls som ett ”kostnadsfritt lån” och för vilken leverantören, HB, står för underhållet. Fastän detaljhandlaren indirekt betalar för tjänsten (se skälen 76–79) är de skalfördelar vid inköp, installation och underhåll av frysdiskar som är möjliga för storskaliga leverantörer av glass såsom HB inte tillgängliga för små detaljhandlare och utgör därför ett incitament att acceptera leverantörens erbjudande att tillhandahålla frysdisk. Före införandet av det dubbla prissystemet 1995 innebar HB:s totalprissättning (se ovan) att denna avskräckande effekt var ännu mer uttalad. Som följd av att detta kostnadselement inkluderades i det pris som togs ut för glass av alla detaljhandlare, bidrog en detaljhandlare med egen frysdisk indirekt till att finansiera HB:s bestånd av frysdiskar utan att kunna dra fördel av tillhandahållandet av en frysdisk. En sådan investering innebär dessutom en icke återvinningsbar kostnad för detaljhandlaren om han inte enkelt kan sälja frysdisken vidare. Sådana kostnadsöverväganden är särskilt viktiga för detaljhandlare som av någon anledning har likviditets- eller kreditbegränsningar, således i synnerhet för mindre detaljhandlare. I Lansdowne-undersökningen visade det sig att

dessa kommersiella och kostnadsmässiga överväganden hade en omisskännlig avskräckande effekt på inköp av frysdiskar från detaljhandlarnas sida (se skälen 100 och 104).

(162) Nödvändigheten att avbryta förbindelserna med den leverantör som tillhandahållit den frysdisk som skall ersättas är ytterligare ett hinder, i synnerhet då denna leverantör har en så stark ställning på marknaden som HB. Redan det faktum att så få detaljhandlare i Irland har valt köpa eller hyra frysdiskar för att hålla lösglass i lager tyder på att denna analys är korrekt. Innan HB avyttrade sina frysdiskar 1996 hade mycket få detaljhandlare i Irland valt att köpa egna frysdiskar (se Rosslyns undersökning i skäl 107, som genomfördes i april 1996, före avyttringen). Största delen av HB:s avyttringar av frysdiskar till detaljhandlare 1996 var [. . .] och de står för en stor andel av de frysdiskar som ägs av detaljhandlare på de relevanta marknaderna. HB:s hyrköpsystem för frysdiskar som infördes 1995 har inte lockat några detaljhandlare (se skälen 70–71) trots HB:s uttryckliga övertygelse om att villkoren skulle vara lockande för dem. Endast 11 % av de detaljhandlare som intervjuades av Lansdowne och som inte redan ägde eller hyrköpte en frysdisk visade något intresse för HB:s system. I den marknadsundersökning som genomfördes av Rosslyn framkom att av de 26 % av alla intervjuade försäljningsställen, som uppgav att de skulle vara villiga att installera en ersättningsfrysdisk eller en extra frysdisk, var 82 % inte villiga att själva köpa en frysdisk och 80 % skulle inte hyra en frysdisk utan exklusivitetsvillkor.

(163) HB hävdade att det är mer sannolikt att försäljningsställen med fler än en frysdisk från HB skulle ersätta en av dem med en egen frysdisk och samtidigt behålla den eller de andra. Det bör påpekas att de flesta försäljningsställena i den relevanta kategorin (dvs. de som enbart har frysdiskar från HB) endast har en enda HB-frysdisk för försäljning av lösglass (se skäl 153). De flesta övriga har endast två frysdiskar. I de försäljningsställen som har två eller fler frysdiskar från HB är det sannolikt att detaljhandlarna ersätter en eller flera av dem endast om de förutspår den nyinstallerade frysdisken kommer att ge åtminstone samma omsättning av lösglass som de ersatta. Även om de kan dra den slutsatsen, pekar underlaget på att detaljhandlarna mycket sällan väljer denna handlingslinje (se nedan). Fastän HB:s starka ställning på marknaden måste vara huvudorsaken till oviljan att ersätta frysdiskar från HB, är det sannolikt att den åtminstone delvis beror på de skäl att avstå från att förvärva frysdiskar som beskrevs ovan.

(164) De marknadsundersökningar som kommissionen förlitat sig på vittnar om det faktum att ersättande av frysdiskar från leverantörer med antingen frysdiskar som ägs av detaljhandlarna eller med sådana som tillhandahålls av etablerade konkurrenter är mycket sällsynt (se skäl 111), och att detaljhandlarnas ovilja att göra det är särskilt påfallande (se skälen 104, 112 och 119). Marknadsundersökningarna tyder dessutom på att ersättning av frysdiskar från HB med frysdiskar som inte tillhandahålls av HB är mycket sällsynt. Under de senaste fem åren var 78 % av alla frysdiskar som ersattes i försäljningsställen från HB och 74 % av dem som installerades var också från HB (se skäl 111) och i de flesta fall större (se skäl 74).

(165) Undersökningarna tyder också på att detaljhandlarna i allmänhet inte är intresserade av möjligheten att göra en sådan ersättning. I Lansdowneundersökningen ställdes uttryckligen vissa frågor till detaljhandlare som endast hade HB-frysdiskar och som följaktligen endast kunde saluföra lösglassprodukter från HB. Dessa detaljhandlare tillfrågades vidare om de var intresserade av att hålla andra märken än HB i lager. Endast 25 % var intresserade av det. 76 % av dessa detaljhandlare (med endast HB-frysdiskar och intresse av att hålla andra märken i lager) uppgav att de inte skulle överväga att ersätta frysdisken från HB (eller en av frysdiskarna från HB) med en frysdisk som de själva köpte eller hyrde (se skälen 102–104).

b) *Ersättning med en frysdisk från en leverantör*

(166) En detaljhandlare som överväger att ersätta en frysdisk som tillhandahållits av en leverantör med en frysdisk från en annan glassleverantör kommer inte att göra det annat än om han förutser att ersättningen sannolikt kommer att ge honom högre vinst [73]. Han måste i allmänhet vara övertygad om att det finns större efterfrågan på produkterna från den nytillkommande leverantören och att dennes frysdisk därför kommer att ge en högre avkastning än den etablerade leverantörens.

[73] Om en etablerad frysdisk med leverantörsexklusivitet ersätts av en frysdisk med ensamrätt för en konkurrent till den etablerade leverantören, blir försäljningsstället stängt för den (tidigare) etablerade leverantören, förutsatt att det var dennes enda frysdisk i försäljningsstället och förblir stängt för alla andra leverantörer som inte redan tidigare var etablerade i försäljningsstället.

Om den nytillkommande leverantören är en mindre känd glasstillverkare än de etablerade leverantörerna, om den har ett mindre omfattade eller mindre populärt produktsortiment, om den tillhandahållna frysdisken är mindre eller om villkoren är mindre lockande finns det inte något incitament för detaljhandlarna att ersätta en existerande frysdisk. I de fall där frysdisken med exklusivitetsvillkor är den enda frysdisken i försäljningsstället, skulle de detaljhandlare som ersätter den i praktiken avstå helt och hållet från möjligheten att erbjuda den ersatta leverantörens lösglassprodukter, eftersom tillverkarna till synes undantaglöst tillhandahåller frysdiskar med exklusivitetsvillkor.

(167) För de detaljhandlare som överväger att ersätta en frysdisk från HB med en frysdisk från en annan glassleverantör, har HB:s styrka på den relevanta marknaden en ännu mer avskräckande effekt än i det fall då frysdisken ersätts med detaljhandlarens egen. Det gäller särskilt i de fall där HB-frysdisken är den enda frysdisken i försäljningsstället: detaljhandlarna skulle då i realiteten helt och hållet avstå från möjligheten att saluföra HB:s lösglassprodukter ([74]). En detaljhandlare kommer endast att välja detta alternativ om han förutser att ersättningen leder till högre vinst och kommer följaktligen nästan säkert inte att göra så om HB:s frysdisk är den enda frysdisken i försäljningsstället. Inga produkter från HB:s konkurrenter är lika välkända eller ingår i lika omfattande sortiment. Följaktligen är de ur detaljhandlarens synvinkel i allmänhet inga tillfredsställande alternativ till HB:s produkter.

(168) Många detaljhandlares obenägenhet att ta risker, besvär och etablerade förbindelser med de existerande leverantörerna är också faktorer som tenderar att göra det mer osannolikt att den detaljhandlare kommer att välja att ersätta en leverantörs frysdisk med en annans. Då en existerande leverantörs frysdisk ersätts med en frysdisk från en annan leverantör, och inte med detaljhandlarens egen, innebär detta i realiteten nästan undantagslöst att detaljhandlaren avstår från fortsatta förbindelser med den etablerade leverantören. Dessa överväganden är än mer relevanta då det gäller ersättande av den frysdisk från HB, med tanke på detta företags styrkeposition på marknaden. Till och med om ett försäljningsställe har två eller flera frysdiskar enbart från HB (dvs. om det uteslutande håller HB:s produkter i lager) är det osannolikt att det skulle ersätta en eller flera av dessa HB-frysdiskar med tanke på HB:s styrkeposition på marknaden. Sannolikheten för en ersättning betingas av detaljhandlarens förväntan om en högre avkastning på den nya frysdisken. Den ovan redovisande marknadsundersökningen bekräftar att en sådan ersättning är osannolik.

(169) Frågan om sannolikheten för att en frysdisk från HB ersätts av en frysdisk från en konkurrent måste också övervägas ur denna andra leverantörs synvinkel. Såsom nämndes ovan kan man endast förvänta sig att en sådan leverantör företar den nödvändiga investeringen om han förutser en tillfredsställande avkastning på investeringen i form av ökad försäljning. Med tanke på HB:s styrka på den relevanta marknaden är det sannolikt att en annan glassleverantör får en lägre avkastning på en sådan investering. Denna nackdel i konkurrensen gentemot den ledande leverantören på marknaden medför att det i vissa fall är mindre sannolikt att den detaljhandlare erbjuds en frysdisk av en sådan konkurrent.

(170) Man bör hålla i minnet att det empiriska underlaget, i form av de marknadsundersökningar som kommissionen stödjer sig på, tyder på att ersättande av frysdiskar som tillhandahålls av leverantörer, och i synnerhet av HB:s frysdiskar, nästan undantagslöst resulterar i installation av nya frysdiskar från samma leverantör (se punkt 111). 82 % av de detaljhandlare som ingick i Lansdowne-undersökningen och som hade frysdiskar endast från HB och som uttryckte intresse av att lagra andra märken, uppgav att de inte skulle kunna tänka sig att ersätta frysdisken från HB (eller en av flera frysdiskar från HB) med en frysdisk från en annan glassleverantör (se skäl 104). HB-produkternas ledande ställning och popularitet angavs av många detaljhandlare som huvudanledningen till denna ståndpunkt.

(171) HB:s frysdiskavtal ingås på obestämd tid. Alla avtal förblir i kraft tills antingen HB eller detaljhandlaren skriftligen meddelar om sin önskan att uppsäga avtalet med två månaders varsel ([75]). Trots att detaljhandlarna i allmänhet är medvetna om att avtalen kan sägas upp med kort varsel, är

([74]) Återlämnandet av HB-frysdisken kan också leda till att en detaljhandlare måste upphöra med att hålla HB:s hemglassprodukter i lager, eftersom dessa ibland förvaras i samma frysdisk som lösglassprodukter (skäl 42). Denna ytterligare konsekvens gör alternativt att ersätta en HB-frysdisk med en frysdisk från en annan tillverkare ännu mindre lockande.

([75]) Att HB tycks åsidosätta detta krav (se ovan) kan endast anses vara en delvis mildrande omständighet i detta avseende på grund av detaljhandlarens eventuella okunskap eller ovisshet om denna praxis.

avtalens obestämda gilitghetstid ändå ytterligare en faktor som kan göra dem ovilliga att ta initiativ till att säga upp dem, vare sig i syfte att ersätta en frysdisk från HB med en egen eller med en frysdisk från en annan leverantör.

ii) **Sannolikheten för att en detaljhandlare övertygas om att installera en extra frysdisk**

(172) Alternativt kan en konkurrerande leverantör som vill få tillträde till ett försäljningsställe där de enda frysdiskarna för lagring av lösglass har tillhandahållits av HB försöka övertala detaljhandlaren att vid sidan av frysdiskarna från HB installera antingen ytterligare en frysdisk som köps eller hyrs av detaljhandlaren själv från annat håll än en glassleverantör eller en frysdisk från den konkurrerande leverantören (den nytillträdande i försäljningsstället).

(173) För att avgöra om han skall installera en extra frysdisk måste detaljhandlaren ta hänsyn till de utrymmesbegränsningar som finns i alla försäljningsställen, och särskilt på den relevanta marknaden (se punkt 43). Detaljhandlaren måste vara övertygad om att ett sådant beslut är ekonomiskt lönsamt. I allmänhet fördelar en detaljhandlare försäljningsutrymmet enligt sin uppfattning av detta utrymmes potentiella avkastning ([76]). Detaljhandlaren kommer att beakta en mängd olika faktorer, varav några redovisas nedan. I Lansdowne-undersökningen framkom att 87 % av de undersökta försäljningsställena inte ansåg det vara ett ”lönsamt alternativ” för dem att avdela ytterligare utrymme för installation av en extra frysdisk (se skäl 96). I marknadsundersökningen påvisades dessutom en överväldigande motvilja hos de flesta detaljhandlare att installera ytterligare frysdiskar (se Lansdowne-undersökningen, skälen 97–100 och 103, Rosslyn-undersökningen, skäl 112, och B&A-undersökningen, skäl 119). I t.ex. Lansdowne-undersökningen fann man att endast 40 % av de 25 % av detaljhandlarna som kan erbjuda glass endast från HB, och som var intresserade av att hålla andra märken i lager, var villiga att acceptera installation av en extra frysdisk. I B&A-undersökningen framkom att endast [. . .] % av detaljhandlarna med endast en frysdisk i sina försäljningsställen var villiga att överväga installation av ytterligare en frysdisk.

(174) För försäljningen av lösglass är frysdiskarnas tillgänglighet och synlighet viktiga. Därför lämpar sig inte allt försäljningsutrymme i ett försäljningsställe för dem ([77]) (se skälen 10 och 43). Samtidigt måste det lämpliga utrymmet också vara tillgängligt för skyltning med andra produkter, särskilt impulsköpprodukter. I allmänhet varierar inte försäljningen av dessa andra produkter säsongmässigt och de kan ge en högre årsavkastning på den använda ytan. Avdelningen av utrymme till frysdiskar för försäljning av lösglass står i allmänhet i direkt relation till deras bidrag till försäljningen.

(175) Installation av en extra frysdisk som ägs av detaljhandlaren eller tillhandahålls av någon annan tillverkare än HB får som omedelbar följd att ett bredare sortiment av produkter blir tillgängliga. Utvidgningen av produktsortimentet leder dock inte automatiskt till en ökad försäljning av lösglass för försäljningsstället. Även om den totala försäljningen av lösglass kan öka i detta försäljningsställe, ökar den inte nödvändigtvis till den nivå som detaljhandlaren skulle förvänta sig av den ökade tilldelningen av utrymme. Sannolikt kommer inte endast den nyinstallerade frysdisken att inte generera en lika stor försäljning som de etablerade frysdiskarna gjorde före den nya installationen, utan dessutom kommer de etablerade frysdiskarna sannolikt inte fortsätta att generera en lika stor försäljning som före den nya installationen. Endast i det fall att all försäljning som den nya frysdisken ger upphov till helt och hållet härrör från en särskild efterfrågan på den nytillträdande leverantörens produkter, utan att påverka efterfrågan på andra lösglassprodukter i försäljningsstället, kommer försäljningen från de etablerade frysdiskarna inte att minska till följd av nyinstallationen. Ur detaljhandlarens synvinkel kommer den nyinstallerade frysdisken att vara

([76]) Resultatet från B&A:s ”kvalitativa undersökning”, att detaljhandlare i allmänhet agerar på basis av instinktiva i stället för mer exakta metoder för att kalkylera avkastningspotentialen (se skälen 122–123) gör inte detta påstående ogiltigt: deras instinktiva kalkyler tar hänsyn till samma grundläggande faktorer.

([77]) Se kommissionens beslut 78/172/EEG (Liebig), EGT L 53, 24.2.1978, s. 20, skäl 9.

lönsam endast om han förutser att den tillkommande efterfrågan som skapas av den nya frysdisken kompenserar för den förlorade möjligheten att utnyttja försäljningsutymmet på något annat sätt. Den betydande minskning av antalet märken som hålls i lager som registrerades i B&A:s undersökning (skäl 118) överensstämmer med dessa överväganden om lönsamt utnyttjande av utrymmet. Detaljhandlarna i fråga kan ha ansett att försäljningen av en leverantörs glass inte motiverade utnyttjandet av det utrymme som denna leverantörs frysdisk krävde.

(176) HB:s styrkeposition på den relevanta marknaden innebär att det är mycket osannolikt att en detaljhandlare skulle installera en ytterligare frysdisk i egen ägo i ett försäljningsställe där det redan finns en eller flera av HB:s frysdiskar. På grund av bredden och popularitet i HB:s produktsortiment minskas den sannolika tillkommande vinsten av att installera en frysdisk som ägs av detaljhandlaren vid sidan av frysdisken från HB. De sannolika effektivitetsförlusterna som ovan beskrevs i mer allmän form kommer därför i detta fall att bli än mer uttalade.

(177) Dessutom är tätare leveranser till ett minimalt antal frysdiskar, i stället för installation av ytterligare frysdiskar, det effektivaste sättet att öka detaljhandlarnas förmåga att tillfredsställa en ökning av konsumenternas efterfrågan ([78]). Att vara tvungen att installera ytterligare frysdiskar för att tillgodose varje leverantörs produkter medför uppenbara effektivitetsförluster för detaljhandlarna.

(178) Ytterligare en faktor som gör sådana ytterligare utplaceringar av frysdiskar än mer osannolika är att HB:s nyligen installerade frysdiskar tar upp en större golvyta (se skäl 74). Detta minskar naturligtvis sannolikheten för att en detaljhandlare skulle avdela ännu mer utrymme till försäljning av lösglassprodukter.

(179) Möjligheten att ersätta en etablerad frysdisk från HB med två (eller flera) mindre frysdiskar bör också övervägas. Fastän detta alternativ eventuellt inte leder till att den del av försäljningsutrymmet som tas upp av lagring av glass ökar och fastän det tycks tilltala en del detaljhandlare (se Lansdowne-undersökningen, skäl 104), begränsas det av att leverantörerna tycks tillhandahålla frysdiskar som är utformade för att rymma hela deras sortiment. Därmed tycks dessa frysdiskar kräva större yta för leverantörer med fullständigt sortiment, framför allt HB (se skälen 74 och 75 beträffande HB:s frysdiskar). I vilket fall som helst kommer det under normala omständigheter att vara omöjligt för en detaljhandlare att få frysdiskar från leverantörer som motsvarar precis det sortiment och den mängd av produkter som han vill visa upp. Att installera ett större antal mindre frysdiskar kan dessutom göra det svårare för en detaljhandlare att erbjuda sina kunder ett fullständigt sortiment av alla typer av glassprodukter. Ur leverantörens synvinkel har mycket små frysdiskar den nackdelen att de begränsar möjligheterna att expandera på den relevanta marknaden. Vidare bör man observera att kostnaderna för inköp, installation och underhåll samt de löpande kostnaderna för två frysdiskar är avsevärt högre än för en enda, dubbelt så stor frysdisk.

(180) HB har hävdat att det genomsnittliga antalet frysdiskar per försäljningsställe kunde fortsätta att öka, såsom tycks ha skett under de fem senaste åren. I Rosslyn-undersökningen påvisades en ökning av det genomsnittliga antalet frysdiskar från 1,22 år 1991 till 1,42 år 1996. I Lansdowne-undersökningen framkom ett genomsnittligt antal på 1,50. Det är dock klart att det måste finnas en övre gräns för antalet frysdiskar som ett försäljningsställe är villigt att installera för att sälja lösglass. Detta belyses inte enbart av den mycket lilla andelen försäljningsställen med fler än två frysdiskar ([79]), utan också av den ovilja som detaljhandlare gett uttryck för när de tillfrågats om sin villighet att ta emot fler frysdiskar. I Lansdowne-undersökningen ges detaljerade uppgifter om attityderna i detta avseende (se skälen 97–100 och 103). Det bör särskilt noteras att detaljhandlarna ansåg 1,57 (i genomsnitt) vara det optimala antalet frysdiskar för högsäsongen, vilket (på grundval av uppgifter om det genomsnittliga antalet installerade frysdiskar i försäljningsställena) tyder på att marknaden är mer eller mindre mättad på frysdiskar och att nya inträden och utvidgningar i framtiden är desto osannolikare.

([78]) Detta bekräftas av B&A:s ”kvalitativa undersökning”, som visade att detaljhandlare föredrar tätt återkommande påfyllningar av den frysdisk framför installation av ytterligare en frysdisk (se skäl 123).

([79]) 7 % enligt Lansdowne, 4 % enligt Rosslyn, [. . .] % enligt B&A, en undersökning som i betydande utsträckning grundade sig på större försäljningsställen (se skäl 86).

(181) Förutom de allmänna övervägandena ovan beträffande sannolikheten för att en detaljhandlare väljer att installera ytterligare en frysdisk vid sidan av de frysdiskar från HB som redan finns i försäljningsstället, bör följande punkter framhållas beträffande de specifika alternativ som nämndes i skäl 172.

a) *Installation av en frysdisk i detaljhandlarens ägo vid sidan av HB:s frysdiskar*

(182) De flesta av de avskräckande faktorer som beskrevs ovan under i a beträffande detaljhandlares förvärv av egna frysdiskar gäller också i detta scenario. En detaljhandlare avskräcks av risken i samband med en sådan investering (förmodligen ”förlorad”). Besväret med att förvärva och underhålla en frysdisk innebär också en betydande avskräckande faktor för detaljhandlarna.

b) *Installation av en frysdisk med exklusivitetsvillkor vid sidan av HB:s frysdiskar*

(183) Ur leverantörens synvinkel är de faktorer som nämndes i skäl 169 (och som diskuteras vidare nedan) minst lika tillämpliga. Om en leverantör tillhandahåller en extra frysdisk, i motsats till en frysdisk som ersätter en annan, kommer hans vinst att begränsas av konkurrensen från de återstående, tidigare installerade frysdiskarna, medan en ersättningsfrysdisk inte behöver konkurrera med de ersatta frysdiskarna i försäljningsstället. Då de tidigare installerade frysdiskarna ägs av HB innebär detta företags ställning på den relevanta marknaden att det är till och med ännu mer osannolikt att en detaljhandlare skulle installera ytterligare en frysdisk med exklusivitetsvillkor i ett försäljningsställe där det redan finns en eller flera frysdiskar som ingår i HB:s nät. På grund av det större urvalet av och populariteten hos de produkter som HB erbjuder jämfört med konkurrenternas, minskas den extra vinst som sannolikt följer av installationen av en frysdisk från en annan leverantör vid sidan av den från HB([80]).

iii) **Slutsats**

(184) Av ovanstående kan man dra slutsatsen att de avtal om frysdiskar, som HB slutit beträffande frysdiskar som installerats i försäljningsställen där de enda frysdiskarna har tillhandahållits av HB, uppfyller de villkor som avses i skäl 143 och sålunda får till följd att konkurrensen på den relevanta marknaden begränsas. Med stöd av denna slutsats kan man hävda att den ifrågavarande kategorin av försäljningsställen i praktiken är bunden till försäljning av HB:s lösglassprodukter. Följaktligen är konkurrerande leverantörer utestängda från dessa försäljningsställen.

5. Övriga relevanta marknadsförhållanden

i) **Frysdiskexklusivitet som ett betydande logistiskt och kostnadsmässigt hinder för konkurrerande leverantörers tillträde och expansion på marknaden**

(185) Glassleverantörernas tillhandahållande av frysdiskar med leverantörsexklusivitet till detaljhandlare gör det svårt att få tillträde till och att expandera på den relevanta marknaden (se skälen 147–156). Merparten av försäljningsställena kan saluföra lösglassprodukter från endast en tillverkare. Följaktligen innebär det ett avsevärt hinder för konkurrensen mellan tillverkarna.

(186) Det är uppenbart att tillhandahållet av frysdiskar med leverantörsexklusivitet utgör ett logistiskt hinder för nytillträdande på marknaden och för existerande glassleverantörers expansion. I skäl 4 påvisades att det i försäljningsställen med endast HB-frysdiskar är svårt att övertala detaljhandlarna att ersätta etablerade frysdiskar från HB, liksom att övertala detaljhandlare att installera ytterligare frysdiskar för att visa upp lösglass. Det framgår dessutom klart från skäl 4 att detta i allmänhet gäller inte endast för HB-frysdiskar i försäljningsställen där det finns endast HB-frysdiskar, utan också för frysdiskar med leverantörsexklusivitet i försäljningsställen i detaljhandeln i allmänhet. Fastän andra leverantörer inte har samma starka position på marknaden som HB, tillhandahåller de ändå frysdiskar till detaljhandlare på mycket likartade villkor och frysdiskarna installeras i försälj-

([80]) Om en ytterligare frysdisk med leverantörsexklusivitet installeras, förblir försäljningsstället stängt för andra leverantörer som inte redan finns på plats i försäljningsstället.

ningsställen med samma utrymmesbegränsningar. Merarbete för detaljhandlare, deras ovillighet att ta risker och ovilja att bryta med etablerade leverantörer är alla faktorer som bidrar till detta logistiska hinder för konkurrerande leverantörer.

(187) I de marknadsundersökningar som kommissionen stödjer sig på återspeglas detta allmänna logistiska hinder. I de tre undersökningarna påvisas att detaljhandlarna i allmänhet inte ersätter etablerade frysdiskar med exklusivitetsvillkor med frysdiskar från någon annan leverantör, och att detaljhandlarna i allmänhet är ovilliga att avdela utrymme för installation av ytterligare frysdiskar (se skälen 164–165 och 173).

(188) Tillhandahållandet av frysdiskar med leverantörsexklusivitet innebär också ett kostnadshinder för tillträde till eller expansion på den relevanta marknaden. Om en leverantör av lösglass på den relevanta marknaden, vare sig det är fråga om en etablerad aktör på marknaden eller en nytillträdande, önskar få sina produkter saluförda i ett försäljningsställe där det endast finns leverantörsexklusiva frysdiskar (dvs. de flesta försäljningsställen på den relevanta marknaden, se skäl 149), och om han inte kan övertala detaljhandlaren att förvärva en egen frysdisk utan exklusivitetsvillkor, är det enda möjliga tillvägagångssättet att leverantören tillhandahåller detaljhandlaren en frysdisk för lagring av den nytillträdande leverantörens produkter. Förutom svårigheten att övertala detaljhandlaren att acceptera erbjudandet (som beskrevs ovan), är kostnaden för denna tjänst mycket betydande för leverantören.

(189) Utgifterna för att förvärva ett bestånd av frysdiskar för installation i försäljningsställen som skulle säkerställa att leverantörens produkter kan uppnå en lönsam distributionsnivå gör det mycket svårt för små och till och med för medelstora företag att gå in på den relevanta marknaden och upprätthålla sin närvaro där. Det tillkommer även löpande kostnader för underhåll av frysdiskarna, som kan bäras endast om det finns ett minimiantal frysdiskar från leverantören i ett ganska koncentrerat geografiskt område. De två små lösglassföretag som har verkat i Irland, Valley (som nu är i likvidation) och Leadmore, har båda under senare tid haft allvarliga finansiella svårigheter och båda har tytt sig till distributionssamarbete med nytillträdande på marknaden (Valley med Mars och Leadmore med Nestlé). HB, Mars, Nestlé, Dale Farm och Häagen Dazs hör alla till stora multinationella koncerner. Förutom de större finansieringsriskerna för små företag i samband med sådana investeringar, kan stora koncerner uppnå skalfördelar i fråga om såväl förvärv som underhåll av frysdiskar, som inte är möjliga för små företag, vilket ytterligare bidrar till öka de senare företagens kostnader för inträde på marknaden.

(190) Bredden på det produktsortiment som leverantören erbjuder är också en faktor att beakta. Ju smalare sortimentet är, desto svårare är det att motivera en investering. Om en leverantör erbjuder endast en eller två produkter kommer han med all sannolikhet inte att erbjuda detaljhandlaren en frysdisk och hindras således från tillträde till försäljningsstället. Detta missgynnar i synnerhet nischleverantörer av lösglass genom att begränsa deras möjligheter att få tillträde till distribution i stor skala.

(191) Etablerade leverantörer som har frysdiskar installerade i ett betydande antal försäljningsställen skyddas från konkurrerande företags tillträde till de försäljningsställen där de förra är etablerade genom ett kostnadshinder. Förekomsten av ett antal nät av installerade frysdiskar med leverantörsexklusivitet, som omfattar nästan alla försäljningsställen på den relevanta marknaden, leder till ökade kostnader för tillträde till den relevanta marknaden för icke-etablerade konkurrenter och för alla leverantörers expansion på denna marknad. Detaljhandlarna kommer troligtvis inte att acceptera frysdiskar från leverantörer som inte erbjuder minst lika gynnsamma villkor som de som erbjuds av leverantörer som redan har frysdiskar i försäljningsställena, eller som de som i allmänhet erbjuds av leverantörerna på marknaden. På den relevanta marknaden innebär detta att en leverantör måste vara beredd att erbjuda en modern frysdisk som ”kostnadsfritt lån” (dvs. utan några direkta kostnader) och med garanterat underhåll. En nytillträdande leverantör kan dessutom normalt inte förvänta sig samma ekonomiska avkastning på installation av en frysdisk som en etablerad leverantör, åtminstone inte förrän den nytillträdande uppnått en väl etablerad ställning på marknaden. Denna fördel för redan etablerade leverantörer har lett till att de enda nytillkommande på den relevanta marknaden under senare tid har varit företag med stora tillgångar, som Mars, Häagen Dazs och Nestlé. Kostnaden för Mars inträde på marknaden återspeglas i den investering som företaget gjorde i frysdiskar 1994, som andel av dess omsättning på glass

under samma år (se skäl 80). De stora investeringarna för att tillhandahålla frysdiskar innebär att en glassleverantörs övriga investeringsbehov får stå tillbaka i motsvarande grad, i synnerhet under perioden efter inträdet på marknaden då leverantören ännu inte fått ersättning från detaljhandlarna för kostnaderna för investeringen i frysdiskar.

(192) HB är utan konkurrens den mest betydande etablerade leverantören på den relevanta marknaden. Dess långvariga starka ställning på marknaden har beskrivits i detalj ovan. Dess nät av frysdiskar är det största på den relevanta marknaden, omkring tre gånger större än den närmaste konkurrentens, och HB:s frysdiskar finns i de flesta försäljningsställen. Dess frysdiskar är också i allmänhet större än konkurrenternas och beståndet har moderniserats kraftigt under de senaste åren.

(193) HB har i detta avseende framfört sin uppfattning att ett distributionssystem i vilket frysdiskar tillhandahålls detaljhandlarna med exklusivitetsvillkor inte under alla omständigheter på den relevanta marknaden utgör ett hinder för konkurrens i den mening som avses i artikel 85.1. HB har hävdat att ”Konkurrensbegreppet i den mening som avses i artikel 85.1 jämförd med artikel 3 g är tillräckligt brett för att omfatta ett system där glassleverantörer konkurrerar bland annat genom att tillhandahålla frysdiskar vid försäljningsställena”. Detta påstående grundar sig väsentligen på att systemet är etablerad kommersiell praxis på den relevanta marknaden och på annat håll, samt att konkurrensen på den relevanta marknaden inbegriper konkurrens i fråga om tillhandahållande av frysdiskar med exklusivitetsvillkor. Denna konkurrens i fråga om leverans av frysdiskar gäller såväl etablerade aktörer som nytillkommande.

(194) Häremot kan man invända att konkurrensen på den relevanta marknaden inte borde tvinga glasstillverkare att engagera sig i leveranser av frysdiskar som en nödvändig förutsättning för att verka på marknaden för leverans av lösglass till detaljhandlare. I de flesta fall där leverantörer önskar tillträde för att sälja sina produkter till ett försäljningsställe utan ”öppna” frysdiskar tycks detta tvång vara en realitet. Dessutom kan inte märkeskonkurrens på konsumentnivån ersättas av konkurrens om tillträde till detaljhandelsnivån. Det gäller i synnerhet impulsköpprodukter för vilka konkurrensen tenderar att i större utsträckning utspela sig inom försäljningsställena än mellan dem (se skäl 195 ff). I det aktuella fallet leder nödvändigheten att konkurrera i fråga om leveranser av frysdiskar till en avsevärd begränsning av konkurrensen på marknaden för lösglass. Det är självklart att konkurrens mellan glassleverantörer för att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare i sig är önskvärd. Det är endast när dessa frysdiskar tillhandahålls med exklusivitetsvillkor från alla glassleverantörers sida som de eventuell ekonomiska fördelarna med denna praxis uppvägs av de skadliga effekterna på konkurrensen på den relevanta marknaden.

ii) **Andra konkurrensbegränsande följder av det ovan diskuterade hindret för tillträde och expansion**

(195) Det finns åtminstone ytterligare två faktorer som försvårar tillträde till den relevanta marknaden. För det första innebär den jämförelsevis outvecklade oberoende partihandeln med lösglass i Irland att tillträdet till distributionen via sådana oberoende mellanhänder försvåras. För det andra utgör de existerande märkenas styrka på den relevanta marknaden och kundernas lojalitet ett effektivt hinder för nytillkommande aktörer på marknaden. Det är känt att märkeskännedomen är av största betydelse för lösglassbranschen, liksom för de flesta slag av snabbrörliga konsumentvaror. I detta avseende bör det påpekas att Mars och Nestlé båda har dragit stor fördel av sina respektive varumärkes styrka inom konfektyrsektorn, vars märken i många fall är desamma som deras glassprodukters. Det andra nytillträdande företaget under senare tid, Häagen Dazs, åtnjuter en mycket hög internationell märkesprofil och har investerat avsevärda summor på reklam. Dess marknadsandel har ändå förblivit mycket liten. HB-märkets särskilda styrka på den relevanta marknaden, liksom styrkan i det breda sortiment av produkter som HB saluför under sitt varumärke, är ett hinder som gör det särskilt svårt att konkurrera med HB.

(196) Nytillträdande aktörer är i praktiken, som följd av de ovan beskrivna hindren för tillträde till marknaden, i många försäljningsställen i detaljhandeln förhindrade att sälja sina produkter. Där tillträde är möjligt kan det uppnås endast med höga kostnader och utgör därmed ett hinder särskilt för små och medelstora företag. På liknande sätt begränsas existerande leverantörers möjlighet att expandera på marknaden. Siffrorna för den relativa numeriska och vägda distribution som de olika glassleverantörerna uppnått är tydliga belägg för svårig-

heten att uppnå bred distribution (se skälen 46–52). Framför allt närmar sig ingen leverantör den distributionsnivå som HB har. T.ex. Mars hade året efter sitt inträde på marknaden uppnått en högre grad av utbredning på marknaden (då detaljhandlarna hade placerat dess produkter i HB:s frysdiskar) än företaget lyckats uppnå under de mer än fem år som gått sedan dess (se skälen 47–48). Nestlé som gick in på marknaden 1994 har sedan dess haft en oförändrad numerisk distribution och endast en liten ökning av sin vägda distribution (se skäl 50). Effektiviteten i dessa hinder är välkänd för de leverantörer som tillhandahåller frysdiskar med exklusivitetsvillkor. Detta framgår allra tydligast av HB:s olika reaktioner på Mars inträde på marknaden 1989 (se skälen 64–68). Av dokumentunderlag från företaget framgår att HB insisterade på att bevara frysdiskexklusiviteten inte endast för att dess egendom ”kapades”, utan snarare för att HB ansåg exklusivitetsvillkoret vara ett mycket användbart medel för att stoppa den nya rivalens tillträde och expansion.

(197) Såsom nämndes ovan innebär de stora investeringarna för att tillhandahålla frysdiskar att andra investeringsbehov försummas, och att den härpå följande fördelningen av leverantörernas resurser sannolikt leder till snedvridning av konkurrenskrafterna på den relevanta marknaden. Konkurrenter som är tvungna att investera så mycket för att uppnå fysisk distribution, särskilt då de går in på en marknad, kan bli tvungna att försumma andra aspekter av marknadsföringen av sina produkter. Sådan marknadsföring (reklam, annonser m.m.) är särskilt viktig under fasen för inträde på marknaden, då investeringar i frysdiskar också är som viktigast. Nytillträdande eller leverantörer som försöker växa på marknaden blir på liknande sätt begränsade i sin förmåga att skapa och utveckla nya produkter, till skada för inte endast dessa leverantörer, utan även för konsumenterna, som följd av kostnaderna för att uppnå eller öka distributionsnivån.

(198) Såsom påvisades ovan leder nät av leverantörsexklusiva frysdiskar till en allvarlig begränsning av det antal av konkurrenternas produkter som ett försäljningsställe kan erbjuda. Eftersom konkurrensen i fråga om impulsköpprodukter i hög utsträckning försiggår inom försäljningsställena på grund av den spontana karaktären hos den efterfrågan som skapas av köpimpulsen (se skäl 12) leder detta till allvarlig begränsning av konkurrensen mellan märkena (konkurrensen mellan leverantörerna) på den relevanta marknaden. Om ett försäljningsställe endast kan erbjuda produkter från en enda leverantör är denna konkurrens på konsumentnivå helt och hållet undanröjd. Konkurrensen sker endast mellan olika produkter från samma leverantör. Sådan är situationen i mer än hälften av alla försäljningsställen i detaljhandeln på den relevanta marknaden, där det endast finns leverantörsexklusiva frysdiskar ([81]). Under sådana förhållanden kommer sannolikt priskonkurrensen mellan olika leverantörer att bli mindre ([82]). Konsumenterna drabbas följaktligen både av ett mindre urval av konkurrerande produkter och av följderna av svagare priskonkurrens.

(199) De skadliga effekterna för detaljhandlare av frysdiskar med leverantörsexklusivitet består av begränsning av deras förmåga att erbjuda produkter från konkurrerande leverantörer, vilket begränsar deras förmåga att välja produkter i enlighet med efterfrågan eller den uppfattade efterfrågan från sådana leverantörers sortiment. Denna begränsning kan resultera i förlorade möjligheter för detaljhandlaren att bli mer effektiv, och därmed mer lönsam, genom sina val av produkten att erbjuda. En detaljhandlare kan ofta hålla produkter i lager i frysdiskar med leverantörsexklusivitet som han, om detta exklusivitetsvillkor inte fanns, inte nödvändigtvis skulle ha valt att saluföra. De exklusiva näten medför sannolikt ofta också en ineffektiv fördelning av utrymmet i ett försäljningsställe (såsom diskuterades ovan). Ju mer en detaljhandlare försöker kompensera sin oförmåga att lagra alla de produkter som han önskar erbjuda konsumenterna genom att acceptera installation av ytterligare frysdiskar, desto mer uppenbart blir det ineffektiva utnyttjandet av utrymmet.

([81]) 56 % enligt Lansdownes undersökning, skäl 92, minst 60 % enligt Rosslyns undersökning, skäl 108. HB möter direkt konkurrens från andra glassmärken inom försäljningsställen i [. . .] av de försäljningsställen där HB:s produkter säljs som undersöktes av B&A (se skäl 116).

([82]) Under juni och juli 1995 drev Mars en speciell priskampanj då företaget minskade sina rekommenderade detaljhandelspriser (och följaktligen även partipriserna) på sina glasspinnar med mer än 20 %. HB besvarade inte denna kampanj, se Mars brev av den 9 augusti 1996. Mars drev samma kampanj på sommaren 1996, inte heller denna gång bemöttes den. Den tycktes inte heller påverka HB marknadsandel som ökade under denna period.

(200) HB:s frysdiskavtal bidrar, i sin egenskap av det största och mest utbredda enskilda nätet av avtal om leverantörsexklusiva frysdiskar, väsentligt till de konkurrensbegränsande effekter som beskrevs ovan. I fråga om HB:s nät förvärras dessa effekter av HB:s starka ställning på marknaden. I de försäljningsställen där det finns frysdiskar endast från HB (ca 40 % av alla försäljningsställen på den relevanta marknaden) utsätts HB överhuvudtaget inte för någon märkeskonkurrens på konsumentnivå.

6. *Sannolikheten för att handeln mellan medlemsstaterna påverkas*

(201) Om effekten av HB:s avtal om frysdiskar, av ovan angivna skäl, är att detaljhandlarnas frihet att lagra och till konsumenterna saluföra lösglassprodukter från konkurrerande leverantörer avskaffas, är dessa andra leverantörer förhindrade, oberoende av sin geografiska lokalisering och ursprunget för deras varor, att få tillträde till de berörda försäljningsställena. Denna begränsning för detaljhandlare och leverantörer får till effekt att det blir svårare för utländska konkurrenter att tränga in på den irländska marknaden, med följden att nivån på handeln med glassprodukter kan vara lägre än den i annat fall skulle ha varit. Möjligheterna för utländska leverantörer att etablera sig på den irländska marknaden för lösglass påverkas negativt av frysdiskavtalen som därmed bidrar till att konsolidera marknaden längs nationella linjer ([83]). Det finns dessutom en betydande handel med glassprodukter mellan Irland och andra medlemsstater, som framgår bland annat av att alla Mars glassprodukter importeras från Frankrike, och av att en del av HB:s produkter importeras till Irland (se skälen 25 och 29). Följaktligen kan HB:s frysdiskavtal påverka handeln mellan medlemsstaterna.

7. *Märkbar påverkan*

(202) Den identifierade del av HB:s nät av frysdiskavtal som avses i skäl 184 ovan innebär en överträdelse av artikel 85.1 endast om den påverkar konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna i betydande utsträckning. Det har påvisats att den identifierade delen av HB:s nät av frysdiskavtal gäller frysdiskar installerade i omkring 40 % av alla försäljningsställen på den relevanta marknaden, som står för omkring 40 % av den totala försäljningen av lösglass på den relevanta marknaden. Redan denna omständighet i sig, men särskilt i kombination med de långtgående konkurrensbegränsande effekterna av de olika näten av frysdiskavtal med leverantörsexklusivitet som leverantörerna på den relevanta marknaden i allmänhet har, och mot bakgrund av de andra relevanta förhållanden på marknaden som diskuterats, ovan, påvisar mer än tillräckligt en betydande begränsning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 och en märkbar effekt på handeln mellan medlemsstaterna.

(203) Man kan således dra slutsatsen att den del av HB:s nät av frysdiskavtal som gäller frysdiskar installerade i försäljningsställen där det endast finns frysdiskar som tillhandahållits av HB uppfyller alla kriterier för tillämpning av artikel 85.1.

(204) HB har hävdat att kommissionen inte följt principen om jämlik behandling då den fällt ett utslag enbart rörande HB:s nät av frysdiskar med leverantörsexklusivitet och inte rörande HB:s konkurrenter på den relevanta marknaden. Det har inneburit att ”spelplanen för konkurrensen har ändrats” till nackdel för HB. Mot detta bör framhållas att kommissionen beaktat de övergripande konkurrensbegränsande effekterna av de andra nät av leverantörsexklusiva frysdiskar som finns på marknaden. I kommissionens undersökning har dock inte identifierats något väsentligt bidrag till stängningen av den relevanta marknaden från någon enskild leverantörs nät av leverantörsexklusiva frysdiskar (eller en identifierbar del av ett sådant) förutom från den relevanta delen av HB:s eget nät (se skäl 95).

(205) HB har gjort gällande att det enligt artikel 85.1 inte krävs att alla hinder för tillgängligheten av olika tillverkarens lösglassprodukter i ett försäljningsställe på den relevanta marknaden måste undanröjas. I detta sammanhang hänvisade företaget till EG-domstolens resonemang i Delimitis ([84]) och drog slutsatsen att konkurrenterna endast behöver ha tillträde till det minimiantal försäljningsställen som krävs av ekonomiska skäl för att driva ett distributionssystem (punkt 21 i domen). Enligt HB:s uppfattning behöver det endast finnas

([83]) Se fotnot 62, Langnese, skälen 119–124.

([84]) C-234/89.

en viss möjlighet till expansion för konkurrenter på marknaden. HB anser att dessa villkor är uppfyllda om en leverantör, till vilken kostnad som helst, kan uppnå en minimigrad av inträngande på marknaden och bedriva sin verksamhet med vinst.

(206) Beträffande denna punkt bör det understrykas att avtal om exklusivitet av detta slag inte i sig själva bör anses vara överträdelser av artikel 85.1, utan hänvisning till de förhållanden under vilka de förekommer (se skäl 129). Det har inte heller hävdats att artikel 85.1 kräver att alla hinder för tillgången på olika leverantörers lösglassprodukter i alla försäljningsställen på den relevanta marknaden måste undanröjas. Men om en leverantörs nät av exklusivitetsavtal (eller en identifierbar del av detta) under alla förhållanden på den relevanta marknaden medför de mycket avsevärda konkurrensbegränsande effekter som beskrivits ovan, och därigenom också påverkar handeln mellan medlemsstaterna, är det ifrågavarande avtalsnätet oförenligt med den gemensamma marknaden.

(207) HB har vidare hävdat att exklusivitetsvillkoret i dess frysdiskavtal inte omfattas av artikel 85.1 eftersom det är en begränsning som uppstått i förbindelse med det i övrigt påstått legitima syftet med dessa avtal, nämligen att förse detaljhandlarna med installationer som gör det möjligt for dem att hålla glass för försäljning i lager ([85]). Mot detta måste man invända att en sådan begränsning kan undgå att omfattas av tillämpningen av artikel 85.1 endast om den är direkt förbunden med och objektivt nödvändig för detta syfte. På grund av att det inte finns någon objektivt oundgänglig länk mellan leverans av frysdiskar till detaljhandlare för att lagra glass och exklusivitetsvillkoret, kan detta villkor inte betraktas som en bieffekt av syftet.

(208) HB anser att kommissionens felaktigt drar slutsatsen att frysdiskavtal som ”i praktiken kan sägas upp när som helst” (genom att HB uppenbarligen inte försöker genomdriva kravet på två månaders uppsägningstid) kan leda till en faktisk bindning av det slag som avses i punkt 184. En ”temporär förbindelse” av detta slag är enligt HB oförenlig med förekomsten av en sådan bindning. Kommissionen instämmer inte i detta. Frysdiskavtalen ingås på obestämd tid och kräver för avslutning att endera parten tar ett initiativ. I stället för att tyda på att avtalsförhållandet skulle vara temporärt påvisar underlaget det motsatta. I den ekonomiska verkligheten, som bekräftas av marknadsundersökningarna, är det ett faktum att detaljhandlare som mottar frysdiskar från HB endast mycket sällan ersätter dem med egna eller konkurrenternas frysdiskar (se skäl 158 ff). HB:s frysdiskavtal ersätts nästan undantagslöst av identiska frysdiskavtal (se skäl 111).

(209) HB godtar inte heller att det finns belägg för att den kategori av försäljningsställen med endast HB-frysdiskar som identifieras i skäl 184 är stängd för konkurrenter, eller att det finns ett orsakssamband mellan denna begränsade effekt och exklusivitetsvillkoret i HB:s frysdiskavtal för dessa försäljningsställen. Här förlitar sig HB i huvudsak på hur nöjda dessa detaljhandlare tycks vara med sina nuvarande leveransarrangemang. HB anser att de försäljningsställen där ”det inte finns något intresse från detaljhandlarens sida att hålla andra glassmärken i lager” bör uteslutas i en korrekt beräkning av graden av marknadsstängning. HB pekar också på konsumenternas till synes låga efterfrågan på andra märken än HB i de ifrågavarande försäljningsställena såsom varande det sannolika skälet för denna brist på intresse.

(210) Inte heller på denna punkt kan kommissionen godta HB:s resonemang. Ett avtal mellan två parter kan få en konkurrensbegränsande effekt i den mening som avses i artikel 85.1 oberoende av parternas motivering för att sluta ett sådant konkurrensbegränsande avtal. Mer specifikt riskerar ett exklusivt inköpsavtal av vilket slag som helst att stå i konflikt med artikel 85.1 om det leder till att tredje parts-leverantörer utestängs i en inte obetydlig utsträckning, trots att den part för vilken exklusivitetsvillkoret gäller vid en viss tidpunkt kan förklara sig vara ointresserad av att köpa från tredje part. Vad gäller den till synes svaga efterfrågan från konsumenterna på andra märken än HB, bör det framhållas att konkurrenternas oförmåga att få tillträde till distribution i stor skala av dessa impulsköpprodukter är en av huvudorsakerna till bristen på efterfrågan, särskilt när det är fråga om produkter som nyligen lanserats (se skälen 12 och 44). Om det inte fanns något exklusivitetsvillkor kunde detaljhandlarna

([85]) HB har hävdat att ”exklusivitetsbestämmelsen för frysdiskar är nödvändig för att till fullo säkerställa systemets fördelar”, och fortsatt med att säga bland annat att det inte är ”orimligt restriktivt” och sålunda, såsom varande en bieffekt, inte omfattas av artikel 85.1.

lättare övertalas att hålla ytterligare produkter i lager, förutsatt att detta under sådana förhållanden inte skulle kräva att en etablerad frysdisk ersattes eller att en extra sådan installerades. Det kan förväntas att en sådan lagerhållning av ytterligare märken i sin tur skulle stimulera konsumenternas efterfrågan på andra märken än HB.

8. *Äganderätt*

(211) HB har hävdat att tillämpningen av artikel 85.1 ([86]) i EG-fördraget på exklusivitetsvillkoret i dess frysdiskavtal skulle vara liktydig med inkräktande på dess äganderätt, i strid med artikel 222 i EG-fördraget, genom att det skulle tillåta att andra tillverkarens produkter lagrades i dess frysdiskar.

(212) Kommissionen godtar inte detta argument. I gemenskapens rättsordning garanteras äganderätten, såsom anges i artikel 222 i EG-fördraget, i enlighet med de principer som är gemensamma för medlemsstaternas författningar. I alla medlemsstaters författningar godtas dock att utövandet av, till skillnad från innebörden i, äganderätten kan begränsas med hänsyn till allmänintresset och i den utsträckning som krävs i detta avseende ([87]).

(213) Som en av de grundläggande bestämmelserna i gemenskapens lagstiftning tjänar artikel 85 i EG-fördraget allmänintresset. Tillämpningen av artikel 85.1 i det föreliggande förfarandet gäller dessutom inte HB:s användning av sin egendom, utan de begränsningar som HB pålägger andra som företaget beviljat rätt att använda dess egendom. Vidare skulle HB:s utövande av sin äganderätt i det föreliggande fallet begränsas endast i den utsträckning som krävs för att säkerställa att konkurrensen på den gemensamma marknaden inte snedvrids (artikel 3 g i EG-fördraget).

(214) Som en allmän princip återspeglas detta tillvägagångssätt i kommissionens gruppundantag beträffande bland annat förbud i köpeavtal med exklusivitetsvillkor mot att handla med konkurrerande produkter (se artikel 8.2 b i kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 ([88]), ändrad genom Anslutningsakten för Österrike, Finland och Sverige och förpliktelser som kan undantas i avtal om tekniköverföring (artikel 1 i kommissionens förordning (EG) nr 240/96 ([89])). I dessa förordningar undantas under vissa förhållanden begränsningar som åläggs av innehavare till äganderätt på utnyttjare av denna rätt, och på så sätt strider de i princip mot artikel 85.1 ([90]).

(215) HB har hävdat att exklusivitetsvillkoret i dess frysdiskavtal är jämförbart med de typer av förpliktelser som är tillåtna till exempel enligt artikel 2 i förordning (EG) nr 240/96, och särskilt dem som förtecknas i 1.8 och 1.2 i denna artikel, dvs. de klausuler som tillåter begränsningar för vissa ”tekniska användningsområden” och sådana som förbjuder beviljande av underlicenser. Jämförelsen är felaktig av följande skäl:

(216) För det första skulle en begränsning som gällde användningsområdet tillämpas på användningen av frysdiskarna för lagring av glass i motsats till andra produktkategorier. Exklusivitetsvillkoret i HB:s frysdiskavtal begränsar emellertid användningen av frysdiskarna för att lagra liknande produkter från andra tillverkare. Även om den typ av begränsningar som gäller användningsområdet skulle anses vara likartad exklusivitetsvillkoret i HB:s frysdiskavtal, utesluts inte i artikel 2 i förordning (EG) nr 240/96 möjligheten att sådana förpliktelser under vissa omständigheter kan vara konkurrensbegränsande, vilket är fallet här.

(217) För det andra inkräktar det föreliggande förfarandet inte på HB:s rätt, såsom ägare, att förvägra andra parter än den detaljhandlare till vilken frysdisken har levererats att använda denna frysdisk. Den avser i stället att tillåta detaljhandlaren att utöva sin affärsmässiga valfrihet genom att tillåta honom att avgöra vilka produkter han skall erbjuda i sitt försäljningsställe. Det föreliggande förfarandet gäller följaktligen avtalsbestämmel-

([86]) Denna fråga diskuteras ytterligare längre fram med avseende på artikel 86.

([87]) Dom av den 13 december 1979 i mål 44/79, Liselotte Hauer mot Land Rheinland-Pfalz, Rec. 1979, s. 3727, punkt 18.

([88]) EGT L 173, 30.6.1983, s. 5.

([89]) EGT L 31, 9.2.1996, s. 2.

([90]) Se även kommissionens beslut 88/491/EEG, Aalsmeer Bloemenveilingen, EGT L 262, 22.9.1988, s. 27.

serna om villkoren för detaljhandlarensanvändning av den egendom som ägaren ställt till hans förfogande mot hyra.

(218) HB har vidare påstått att företaget skulle lida allvarlig skada ur konkurrenssynvinkel om tredje partskonkurrenter genom att förmå detaljhandlare att använda de frysdiskar som HB levererar för att också lagra deras produkter kunde undvika de kostnader som konkurrenterna själva skulle påta sig om de måste tillhandahålla egna frysdiskar till försäljningsställena. HB hävdar att andra tillverkare på så sätt skulle dra fördel av dess investeringar.

(219) Beträffande detta argument bör man komma ihåg att det i sista hand är detaljhandlarna som betalar för tillhandahållandet av frysdiskarna, inte HB. Det bör också påpekas att det inte behöver finnas något objektivt samband mellan exklusivitetsbestämmelsen i HB:s frysdiskavtal och arrangemangen för återbetalning av dess investeringar i dessa frysdiskar. Medtagandet av detta kostnadselement i priset för den glass som tas ut av detaljhandlarna är ett alternativ som HB valt av sina egna affärsmässiga skäl. Andra metoder för att återfå investeringen i frysdiskarna kunde tänkas ut för att undvika konsekvensen att detaljhandlarna vältrar över denna kostnad på konsumenterna endast genom det pris som de tar ut för HB:s produkter. Tillämpningen av artikel 85.1 på exklusivitetsbestämmelsen i HB:s frysdiskavtal skulle exempelvis inte hindra HB från att ta ut en separat hyra för tillhandahållandet av en frysdisk som skulle vara tillräcklig för att täcka hela kostnaden för denna investering. Fastän HB påstår att uttag av en sådan hyra skulle medföra ytterligare transaktionskostnader för att administrera och uppbära hyresbetalningarna, skulle detta knappast vara en övermäktig uppgift för HB med tanke på att företaget redan sköter faktureringen av sina kunder för själva glassen och inkasserandet av betalningarna från dessa kunder.

(220) I detta sammanhang hävdar HB vidare, såsom beskrivs i skäl 230 nedan, att ett införande av ett separat hyressystem från dess sida skulle medföra betydande kostnader, kanske inte vara lockande för detaljhandlarna och uppmuntra dem att vända sig till HB:s konkurrenter för att få tillgång till frysdiskar som ”avgiftsfria lån”. Kommissionen kan på denna punkt bara ge samma svar som den gett i skäl 231 nedan.

B. ARTIKEL 85.3

(221) Bestämmelserna i artikel 85.1 kan av de skäl som ges nedan inte förklaras icke tillämpliga enligt artikel 85.3 på de frysdiskavtal som slutits mellan HB och detaljhandlare och som gäller frysdiskar installerade i försäljningsställen där det endast finns frysdiskar som tillhandahållits av HB.

1. *Förbättring av varudistributionen*

(222) Alla förbättringar av distributionen som den del av HB:s nät av frysdiskavtal som strider mot artikel 85.1 (se skäl 203) kan medföra måsta vägas mot den restriktiva effekten av dessa avtal, och i synnerhet mot hur de begränsar konkurrerande glassleverantörers tillträde till återförsäljarnivån och i sista hand till konsumenterna på den relevanta marknaden.

(223) Den restriktiva effekt som den relevanta delen av HB:s nät av frysdiskavtal medför är i stora drag jämförbar med den som medförs av exklusiva inköpsskyldigheter. I femte stycket i ingressen, beaktandemeningen oräknad, till kommissionens förordning (EEG) nr 1984/83 om tillämpningen av artikel 85.3 på olika kategorier av exklusiva inköpsavtal sägs att exklusiva inköpsskyldigheter ”i allmänhet leder till förbättrad distribution”. De ”gör det möjligt för leverantören att planera sin försäljning med större exakthet och för en längre tid och tillser att återförsäljarens behov tillmötesgås regelbundet för den tid avtalet gäller . . . detta gör det möjligt för parterna att begränsa sina risker på grund av varierande marknadsförhållanden och att minska sina distributionskostnader”.

(224) HB:s frysdiskavtal kan möjligen säkerställa en del eller alla av de fördelar som beskrivs i femte stycket i ingressen, beaktandemeningen oräknad, i förordning (EEG) nr 1984/83 för HB självt och för de detaljhandlare som är parter till avtalen. Det faktum att dessa avtal kan vara fördelaktiga för parterna till dessa avtal är dock inte tillräckligt för att utgöra en förbättring av distributionen i den mening som avses i artikel 85.3. De måste medföra märkbara objektiva fördelar för allmänheten av ett sådant slag som uppväger de nackdelar som de medför för konkurrensen ([91]).

([91]) Dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56 och 58–64, Etablissements Consten sàrl och Grundig-Verkaufs-GmbH mot kommissionen, Rec 1966, s. 299, punkt 348; även Langnese, fotnot 62, punkt 180.

(225) En objektiv fördel av detta slag som exklusiva inköpsskyldigheter möjligtvis kunde medföra är en intensifierad märkeskonkurrens (sjätte stycket i ingressen, beaktandemeningen oräknad, i förordning (EEG) nr 1984/83). Det är uppenbart att de ifrågavarande frysdiskavtalen avsevärt stärkte HB:s ställning på den relevanta marknaden, särskilt i förhållande till potentiella konkurrenter. Men en förstärkning av ett företag som är så betydande på marknaden som HB leder inte till mer utan till mindre konkurrens, eftersom detta företags avtalsnät utgör ett stort hinder för andra företags inträde på marknaden liksom för existerande konkurrenters expansion på marknaden.

(226) HB har t.ex. pekat på betydelsen av marknadsföring för försäljningen av märkesvaror. Exklusivitetsvillkoret gör det möjligt för HB att marknadsföra sitt sortiment av produkter/märken tillsammans i en enhetlig skyltning eller ”företagsgrupp” där märkena ger varandra auktoritet, samt att utnyttja fördelarna av synlighet och en framträdande position i ett försäljningsställe. Enligt HB innebär fullständigheten i dess sortiment att en HB-frysdisk i allmänhet tillfredsställer konsumenternas efterfrågan på olika typer av lösglassprodukter. HB påpekar att utan exklusivitetsvillkoret skulle kanske en del av dess produkter (i synnerhet ”lösglassprodukter med lägre pris och vinstmarginal”) flyttas bort. De fördelar som HB får genom exklusivitetsbestämmelser stärker uppenbart dess ställning på marknaden och i de försäljningsställen som endast har leverantörsexklusiva frysdiskar, i synnerhet i dem som har endast HB-frysdiskar, bidrar de till de hinder för tillträde till och expansion på denna marknad som beskrevs ovan i avsnittet om artikel 85.1.

(227) Den stora tillgången på frysdiskar i försäljningsställen i detaljhandlen för försäljning av lösglassprodukter, som omfattar hela den geografiska marknaden, och som till stor del förverkligats genom HB:s nät av frysdiskar, kan anses vara en objektiv fördel (för distributionen av produkter) som är i allmänhetens intresse. Beträffande detta har HB sagt att det inte kan antas att det i fortsättningen skulle vara kommersiellt lockande för företaget att tillhandahålla frysdiskar för alla de försäljningsställen som det för närvarande förser med frysdiskar om exklusivitetsbestämmelsen i dess frysdiskavtal skulle tas bort. HB har hävdat att om det skulle upphöra att förse ett antal av dessa detaljhandlare med frysdiskar, är det troligt att en del av dem skulle sluta med att sälja glass överhuvudtaget, eftersom de inte skulle kunna motivera den investering som krävs för att installera egna frysdiskar.

(228) Beträffande detta påstående måste det påpekas att det är osannolikt att HB skulle upphöra helt och hållet med att erbjuda detaljhandlarna frysdiskar – på vilka villkor det än må vara – förutom i ett fåtal fall, om företagets rätt att pålägga dessa frysdiskar ett exklusivitetsvillkor skulle inskränkas. Den ekonomiska verkligheten innebär för ett företag som HB, som önskar bevara sin starka ställning på marknaden, att det kommer att försöka att finnas i så många försäljningsställen som möjligt, till och med i dem som har en mindre försäljning av lösglass. Såsom redogjordes för ovan är en utbredd synlighet och tillgänglighet viktiga för alla impulsköpprodukter. Nödvändigheten att säkerställa försäljningen och därmed vinsten är ett tillräckligt incitament för en glassleverantör, särskilt för en leverantör som har ett så betydande produktsortiment och en så stor marknadsandel som HB, att fortsätta med att se till att försäljningsställena i detaljhandeln kan hålla dess produkter i lager för försäljning till konsumenterna. Även om frysdiskarna i ett försäljningsställe inte längre skulle vara leverantörsexklusiva är det dessutom troligt att produkterna som lagras i frysdiskarna skulle mer eller mindre återspegla de olika marknadsandelarna för de olika tillverkarna på den relevanta marknaden. HB kunde därför förvänta sig att enbart på grund av styrkan i sina produkterbjudanden fortsättningsvis uppnå en mycket betydande andel av glassförsäljningen i sådana försäljningsställen. Följaktligen är det osannolikt att HB löper risken att fullständigt gå miste om denna försäljning genom att upphöra att tillhandahålla frysdiskar till försäljningsställen som i annat fall skulle välja att inte fortsätta med att hålla glass i lager överhuvudtaget. HB har i vilket fall som helst drivit linjen att endast tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare på grundval av vissa fastslagna finansiella och kommersiella kriterier som garanterar en minimiavkastning på HB:s investeringar (se skäl 62), med följd att de minst viktiga försäljningsställena på den relevanta marknaden för närvarande i många fall inte är försedda med frysdiskar från HB. I detta sammanhang bör det också påpekas att största delen av de avyttringar av frysdiskar som HB företagit på senare tid gällde försäljningsställen med liten omsättning (se skäl 73).

(229) HB hävdar att om det inte kunde genomdriva villkoret om frysdiskexklusivitet skulle spelreglerna för konkurrensen ändras till nackdel för HB som en leverantör som tillhandahåller frysdiskar och till fördel för dem som inte gör det. Företaget påstår att andra glassleverantörer skulle kunna erbjuda detaljhandlarna förmånliga villkor genom att de inte skulle behöva bära kostnaderna för att tillhandahålla frysdiskar. HB har sagt att den naturliga reaktionen under dessa förhållanden skulle vara att upphöra med att förse detaljhandlare med frysdiskar. Beträffande detta argument bör man komma ihåg att det inte är fråga om att tillämpa artikel 85.1 (om artikel 85.3 bedöms vara otillämplig) på exklusivitetsbestämmelsen i HB:s frysdiskavtal på ett sätt som skulle göra det omöjligt för HB att använda de metoder det självt väljer för att återfå de investeringar företaget gjort i frysdiskar. Sådana metoder behöver inte medföra att andra glassleverantörer kan dra fördel av HB:s investeringar (skälen 218–219).

(230) HB hävdar vidare att om det skulle införa ett separat hyressystem, kan det inte vara säkert på att detaljhandlarna kommer att fortsätta att ta emot dess frysdiskar. Till stöd för detta påstående pekar HB på misslyckandet för det hyrköpsystem som det införde 1995 för att locka detaljhandlarna, på det i allmänhet låga antalet frysdiskar på marknaden som ägs eller hyrs av detaljhandlare, samt på den i Rosslyn-undersökningen rapporterade svaga viljan hos detaljhandlarna att köpa eller hyra sina frysdiskar. Under dessa förhållanden, hävdar HB, kommer detaljhandlarna att vara mer benägna att vända sig till de andra glassleverantörerna på marknaden, som kan fortsätta att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare på basis av frysdiskexklusivitet och därigenom i praktiken utestänga HB från många av dessa försäljningsställen.

(231) Beträffande detta argument måste det framhållas att orsakerna till att det hyrköpsystem som HB införde 1995 misslyckades inte uteslutande ligger i en principiell ovilja hos detaljhandlarna att äga eller hyra sina frysdiskar. I Lansdowne-undersökningen framkom (se skäl 100) snarare att huvudskälet var att detaljhandlarna var nöjda med det rådande systemet – erfarenheten har visat att detaljhandlarna, då de har att välja mellan att motta en frysdisk från HB som ”kostnadsfritt lån” och att hyrköpa den, undantagslöst har valt det förstnämnda alternativet. Det innebär inte att detaljhandlarna, om det inte fanns någon frysdiskexklusivitet, skulle upphöra med att hålla glass i lager. I B&A:s undersökning framkom att mer än [. . .] % av detaljhandlarna sade att de skulle fortsätta att göra så under dessa hypotetiska omständigheter, och att många skulle välja att köpa eller hyra frysdiskar för det ändamålet (se skäl 120). Beträffande HB:s påstående att detaljhandlarna i stället skulle vända sig till HB:s konkurrenter för tillhandahållande av frysdiskar med leverantörsexklusivitet som ”kostnadsfria lån”, kan endast sägas att om detaljhandlarna skulle göra det i en så hög utsträckning att dessa nät av frysdiskar med leverantörsexklusivitet (och om dessa skulle vara de enda frysdiskarna i dessa försäljningsställen) skulle väsentligt bidra till en övergripande stängning av den relevanta marknaden, så skulle de relevanta delarna av dessa nät på samma sätt strida mot artikel 85.1.

(232) Det kan dock inte uteslutas att HB väljer att sluta med att tillhandahålla frysdiskar till ett litet antal försäljningsställen, t.ex. till sådana som inte längre uppfyller vissa kriterier för försäljning av HB:s glass eller avstånd från en HB-depå. Därav följer inte nödvändigtvis att samtliga dessa försäljningsställen kommer att upphöra med att hålla lösglass i lager. En sådan detaljhandlare kan välja att köpa eller hyra en egen frysdisk eller en annan glassleverantör kan besluta att ställa en frysdisk till hans förfogande. Det är mycket möjligt att andra tillverkare följer en policy att tillhandahålla frysdiskar till försäljningsställen med lägre omsättning av lösglass än vad som skulle göra dem berättigade till en frysdisk från HB och på villkor som är gynnsammare än vad detaljhandlarna kan hoppas på att uppnå på egen hand.

(233) Även om det inte finns några konkurrenter som tillhandahåller frysdiskar till försäljningsställen som HB dragit tillbaka sina frysdiskar från eller för vilka HB beslutar att inte ställa sådana till förfogande, återstår fortfarande möjligheten att frysdiskar kunde installeras av oberoende handlare som kunde få leveranser från olika håll och tillmötesgå alla dessa försäljningsställens behov. Den omständigheten att det för närvarande finns så få oberoende handlare av detta slag beror åtminstone delvis på de exklusiva skyldigheter som följer av de frysdiskavtal som är gängse inom branschen, i förening med den ledande leverantörens (HB) policy med direkta leveranser till nästan alla försäljningsställen. Därför skulle sannolikt utbudet av

glass till konsumenterna inte påverkas i nämnvärd utsträckning om frysdiskexklusiviteten avskaffades.

(234) Den eventuella lilla minskningen av antalet försäljningsställen som håller glass i lager på den relevanta geografiska marknaden som kan följa av borttagandet av exklusivitetsvillkoret i HB:s frysdiskavtal som slutits för frysdiskar som installerats i försäljningsställen där det endast finns frysdiskar från HB måste vägas mot den begränsande effekten av dessa avtal. I denna bedömning kan den fördel, som följer av att ett litet antal försäljningsställen skulle fortsätta att saluföra lösglass endast om exklusivitetsbestämmelsen i HB:s nät av frysdiskavtal bevarades, inte uppväga de nackdelar som uppstår på grund av den begränsning av konkurrensen som dessa avtal i sin helhet ger upphov till.

(235) Beträffande detta bör det hänvisas till det hyrköpsystem som HB införde 1995. Det förutsågs att detta system skulle uppmuntra detaljhandlarna att köpa egna frysdiskar och därigenom få till stånd en långtgående strukturell förändring på marknaden som kunde ha gjort det möjligt att begränsa den konkurrensinskränkande effekten av HB:s nät i en sådan utsträckning att fördelarna för distributionen kunde uppväga den begränsande effekten. Denna förväntan visade sig dock vara felaktig (se skäl 71).

(236) HB har också hävdat att dess distributionssystem leder till effektiv planering, logistik och distribution. HB påstår att systemet underlättar planeringen av och rytmen i leveranserna, att det leder till en effektiv distribution genom att storleken av de partier som levereras (den mängd som detaljhandlaren tar vid ett leveranstillfälle) till frysdiskar som endast håller HB:s produkter i lager blir större än de skulle varit utan exklusivitetsvillkoret, och att en hög koncentration av frysdiskar från HB också bidrar till sådana effektivitetsvinster. Såsom framhölls ovan (skäl 224) är den omständigheten att frysdiskavtalen kan vara fördelaktiga för HB och till och med för detaljhandlarna inte tillräcklig för att de skall utgöra en förbättring av varudistributionen i den mening som aves i artikel 85.3. Avtalen kan endast anses leda till en sådan förbättring om det kan påvisas att fördelarna är av objektiv natur. Fastän det står klart att HB:s nuvarande distributionsmetod kan medföra vissa effektivitetsvinster för företaget självt och för detaljhandlarna, bör det påpekas att HB:s exklusivitetsarrangemang har till effekt att undergräva andra lösglassleverantörers effektivitet genom att de i praktiken kräver att dessa leverantörer skall konkurrera inte bara beträffande leveranser av glass utan även beträffande tillhandahållande av frysdiskar till detaljhandlare på fördelaktiga villkor. Resultatet blir att HB:s ställning på den relevanta marknaden stärks vilket ökar hindren för tillträde till och expansion på denna marknad. Sålunda står det klart att de eventuella fördelar som avtalen ger upphov till uppvägs av de nackdelar de medför i form av begränsad konkurrens.

(237) En bedömning av de fördelar som HB:s frysdisknät ger upphov till bör ta hänsyn till de ekonomiska skalfördelar som HB uppnår i fråga om inköp och underhåll av frysdiskar (se skäl 63 ovan). HB har hävdat att dessa skalfördelar bidrar till att förbättra varudistributionen i den mening som avses i artikel 85.3. Det måste erkännas att exklusivitetsarrangemang verkligen utgör ett incitament för en tillverkare att installera ett stort antal frysdiskar utgör ett incitament för en tillverkare att installera ett stort antal frysdiskar och därigenom minskar anskaffnings- och underhållskostnaderna. Det måste dock understrykas att exklusiviteten inte är ett nödvändigt villkor för att uppnå sådana skalfördelar. Det finns ingen uppenbar anledning till att HB inte skulle kunna uppnå dessa skalfördelar utan exklusivitet också i fortsättningen för sitt bestånd av frysdiskar.

(238) Fastän det erkänns att glassleverantörers tillhandahållande av frysdiskar till detaljhandlare leder till förbättring av distributionen av lösglass bland annat genom att befria detaljhandlarna från nödvändigheten att bekymra sig över kapitalkrav eller besväret med att köpa och underhålla frysdiskar, följer ändå av vad som sades i föregående punkt att dessa fördelar likaväl kan uppnås utan exklusivitetsvillkoret. Man kan inte heller påstå att HB:s nät medför enbart distributionsfördelar för detaljhandlarna. Såsom diskuterades i skäl 199 leder nätet även till nackdelar genom att väsentligt bidra till att minska detaljhandlarnas möjlighet att välja vilka produkter de vill saluföra, liksom till ett ineffektivt utnyttjande av utrymmet i dessa försäljningsställen.

2. *Att tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av vinsten*

(239) I försäljningsställen där det endast finns HB-frysdiskar begränsas detaljhandlarnas frihet att

lagra och till konsumenterna erbjuda glass från konkurrerande leverantörer. Den del av HB:s frysdisknät som gäller frysdiskar som installerats i dessa försäljningsställen begränsar därför konsumenternas möjligheter att välja lösglass, eftersom endast lösglass från HB erbjuds i dessa försäljningsställen. Även om det i närheten finns ett annat försäljningsställe där det säljs produkter från andra tillverkare, är detta alternativ inte likvärdigt med de valmöjligheter som står öppna i ett enskilt försäljningsställe, eftersom konsumenter av lösglass i allmänhet inte vill färdas någon längre sträcka för att göra sitt inköp och inte heller uppskjuta köpet. I vilket fall som helst saknas ofta ett sådant alternativ. Vidare kommer en konsument som vill köpa produkter från olika sortiment att anse det vara besvärligt att vara tvungen att besöka olika försäljningsställen för att kunna göra det. Normalt kommer konsumenten inte att göra sig sådant besvär för ett impulsköp. På grund av denna begränsning av valmöjligheten, kan man inte anse att konsumenterna får del av de föregivna fördelar som HB:s frysdiskavtal kan medföra. På grund av begränsningen av märkeskonkurrensen som HB:s nät leder till, är det också sannolikt att priskonkurrensen mellan leverantörerna försvagas, till skada för konsumenterna (se skäl 198).

(240) Vad beträffar de skalfördelar i fråga om inköp och underhåll av frysdiskar och den effektivitet i distributionen (se skäl 222 ff) som påstås främjas av exklusivitetsbestämmelsen i HB:s frysdiskavtal, bör det observeras att det med tanke på HB:s ekonomiska styrka som gör det möjligt för företaget att förhindra upprätthållande av en effektiv konkurrens (se skäl 255 ff) inte finns någon garanti för att dessa fördelar verkligen kommer konsumenterna till del.

3. *Oundgänglighet*

(241) Exklusivitetsvillkoret som ingår i den relevanta delen av HB:s nät av frysdiskavtal kunde endast betecknas som oundgängligt för att uppnå någon av de påstådda fördelarna som hänvisades till ovan om det var det minst restriktiva sättet att förverkliga dem. HB har inte lagt fram något övertygande skäl som skulle tyda på att någon av dessa påstått objektiva fördelar, som medför en allmän förbättring av produktionen och distributionen till fördel för bland annat konsumenterna, inte skulle kunna säkerställas lika effektivt genom att undanröja exklusivitetsvillkoret till förmån för HB:s produkter, och därigenom koppla loss tillhandahållandet av frysdiskar från leveranser av glass på det sätt som beskrevs ovan i skäl 219.

4. *Möjligheten att avskaffa konkurrensen med avseende på en väsentlig del av de ifrågavarande produkterna*

(242) I detta avseende måste man uppmärksamma hindren för tillträde till den relevanta marknaden samt dessa hinders effekt på konkurrensförhållandena på denna marknad. Dessa frågor diskuterades utförligt i skäl 130 och följande. Ur den analysen kan man dra slutsatsen att HB:s nät av frysdiskavtal i allmänhet, och den del av nätet som gäller frysdiskar installerade i försäljningsställen där det endast finns HB-frysdiskar i synnerhet, utgör ett betydande hinder för tillträde till och expansion på den relevanta marknaden. Dessa hinder leder i sin tur till en försvagning av konkurrensen mellan leverantörerna på marknaden. På så sätt, och särskilt i förening med HB:s starka ställning på den relevanta marknaden, bidrar de väsentligt till att konkurrensen på denna marknad elimineras.

(243) Denna eliminering av konkurrensen återspeglas tydligt i den mycket stora andel av försäljningsställen i detaljhandeln som för närvarande endast kan saluföra HB:s lösglassprodukter som följd av exklusivitetsbestämmelsen i den ifrågavarande delen av HB:s nät av frysdiskavtal. Omkring 40 % av alla försäljningsställen på den relevanta marknaden hör till denna kategori, och dessa försäljningsställen står dessutom för omkring 40 % av den totala försäljningen av lösglass på den relevanta marknaden (se skälen 156 och 184).

(244) HB:s dominerande ställning på den relevanta marknaden, som diskuteras nedan, gör det möjligt för företaget att förhindra effektiv konkurrens på denna marknad. Som sådan måste den betecknas som ett stort hinder för konkurrensen på marknaden. Den märkesrenommé som HB:s lösglassprodukter har och som byggts upp under många år utgör också ett viktigt hinder för förändringar av konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden.

(245) De ekonomiska faktorer som granskades i det föregående gör det klart att konkurrensen på den relevanta marknaden är allvarligt begränsad.

Denna bedömning bekräftas av att det inte på lång tid skett någon betydande förändring av konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden. Den domineras fortsättningsvis av en leverantör som konsekvent försäkrat sig om en andel på fyra femtedelar av marknaden i regionen, medan ett antal mindre leverantörer (varav en del kan bytas ut) står för resten. HB:s frysdiskavtal har hjälpt företaget att se till att denna strukturella tröghet förevigats. Dessa avtal, och särskilt de som slutits med försäljningsställen där det endast finns HB-frysdiskar, ger sålunda HB möjlighet att eliminera konkurrensen för en stor del av de berörda produkterna på ett sätt som gör att undantag enligt artikel 85.3 inte kan komma ifråga.

(246) Det hyrköpsystem för frysdiskar som HB införde 1995 som ett led i förändringen av sitt distributionssystem (se skäl 69 ff) framstod vid första anblicken för kommissionen som en möjlighet, i förening med de andra förändringar som gjordes vid samma tid, till en långtgående strukturell förändring av marknaden. HB uttryckte uppfattningen att systemet skulle komma att uppmuntra detaljhandlarna att på grund av de fördelaktiga villkoren förvärva egna frysdiskar. Därför förväntades systemet resultera i en minskning av begränsningen av konkurrensen i en utsträckning som skulle innebära att HB:s återstående tillhandahållande av frysdiskar med exklusivitetsvillkor inte längre kunde anses medföra en väsentlig inskränkning av konkurrensen på den relevanta marknaden. Men så gick det inte.

5. ***Slutsats***

(247) Av de skäl som redovisas ovan är HB:s frysdiskavtal inte berättigade till undantag enligt artikel 85.3. Följaktligen måste HB:s ansökan om ett sådant undantag avvisas. Det bör särskilt framhållas att de olika förändringar som HB gjort av sitt distributionssystem (se skälen 69–73) i syfte att göra det berättigat till undantag enligt artikel 85.3 tvärtemot kommissionens preliminära uppfattning (se punkt 6) inte visat sig vara i stånd att åstadkomma de strukturella förändringar som skulle ha möjliggjort ett undantag. I skälen 228, 230, 231, 235 och 246 ovan har de olika delarna i dessa förändringar behandlats för sig. Det är därför inte längre möjligt för kommissionen att kvarstå vid den ”positiva ståndpunkt” som den föreslog i offentliggörandet den 17 augusti 1995 enligt artikel 19.3 i förordning nr 17 (fotnot 6).

(248) HB hävdar att kommissionens vägran att fullfölja beslutet om beviljande av undantag innebär ett brott mot dess legitima förväntningar. I detta sammanhang säger HB att det ”ingått en överenskommelse med kommissionen” och att det ”till fullo genomfört sin del av överenskommelsen, på egen bekostnad”. HB säger i fortsättningen att kommissionen har ”tagit tillbaka sin positiva ståndpunkt” på grund av att ”ett element i överenskommelsen misslyckats med att intressera detaljhandlarna (dvs. det misslyckade hyrköpsystemet)”. HB framhåller att anledningen till detta misslyckande ligger ”helt och hållet utanför HB:s kontroll”.

(249) För sitt påstående om ett brott mot dess legitima förväntningar söker HB stöd i en indikation från kommissionens sida att de förslag som HB fört fram mot bakgrund av en preliminär bedömning tycktes göra det sannolikt att de skulle leda till effekter som skulle göra HB:s distributionssystem berättigat till undantag enligt artikel 85.3. Denna preliminära uppfattning framfördes i ett pressmeddelande efter HB:s anmälan och senare i ett offentliggörande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* enligt artikel 19.3 i förordning nr 17. Det är därför fullständigt vilseledande att karaktärisera kontakterna mellan HB och kommissionen såsom resulterande i en ”uppgörelse” eller ”överenskommelse” i kraft av vilken kommissionen frånhände sig möjligheten att i fortsättningen komma fram till ett negativt beslut. Det står fullkomligt klart att kommissionen i vilket fall som helst inte kunde gå med på att avstå från att verkställa regler som har objektiv tillämpning. Ingen av de preliminära indikationer från kommissionen som beskrevs ovan kan skapa legitima förväntningar av ett slag som skulle ogiltigförklara en påföljande åtgärd från kommissionens sida som strider mot dessa preliminära indikationer. I pressmeddelandet framhölls uttryckligen att kommissionens bedömning var preliminär. Ett meddelande enligt artikel 19.3 kan på grund av sin natur inte inehålla mer än ett tillkännagivande av kommissionens preliminära avsikter, då syftet med offentliggörandet är att anhålla om synpunkter från tredje part innan en slutlig ståndpunkt antas.

(250) Såsom nämndes ovan (skälen 235 och 246) grundades kommissionens preliminära bedömning på förväntan att det ändrade distributionssystemet genom en utveckling mot en större spridning för frysdiskar som ägs av detaljhandlarna skulle leda till en väsentlig minskning av den utestängningseffekt som HB:s frysdiskavtal har. Den omständigheten att denna förväntan kom på skam beror inte

på att HB inte skulle ha genomfört de föreslagna ändringarna, utan på att dessa ändringar inte gav upphov till de effekter beträffande existerande affärer som HB hade förväntat.

(251) HB förhåller sig särskilt kritiskt till det faktum att kommissionens bedömning grundar sig på misslyckandet för endast en av beståndsdelarna i det ändrade systemet, nämligen hyrköpsystemet. Till detta kan sägas att hyrköpsystemet inte bara var en beståndsdel, utan den centrala beståndsdelen, i det ändrade systemet och nyckeln till den förväntade utvecklingen mot ökat frysdiskägande från detaljhandlarnas sida. Dess misslyckande att locka till sig detaljhandlare medförde därför oundvikligen att de avsedda effekterna inte kunde förverkligas. HB förhåller sig också kritiskt till att kommissionen tycktes ha dragit en för tidig slutsats om en åtgärd som var avsedd att leda till resultat först på längre sikt. Till detta kan endast sägas att då kommissionen i januari 1997 utfärdade sitt meddelande om invändningar hade systemet redan varit i bruk under två glassäsonger. Med tanke på att inte en enda detaljhandlare vid den tidpunkten hade valt att motta en frysdisk inom ramen för systemet, var det rimligt att anta att det troligtvis inte skulle få någon effekt på lång sikt.

(252) Efter att kommissionen meddelat HB att villkoren för beviljande av ett undantag enligt artikel 85.3 inte längre tyckts vara uppfyllda, utarbetade HB nya förslag, som uppenbarligen utformades för att garantera det resultat som eftersträvats genom införandet av hyrköpsystemet, och lade i juni 1996 fram dessa för kommissionen. Förslagen kan sammanfattas enligt följande: i) exklusivitetsbestämmelsen för två typer av mindre frysdiskar som HB tillhandahöll detaljhandlare skulle begränsas till 5 år, ii) vid utgången av femårsperioden skulle detaljhandlaren ha ”möjlighet att överta frysdisken, utan några bindningar, och använda den som han själv vill”, samt iii) efter en period på tolv månader skulle ett försäljningsställe som övertar en sådan frysdisk vara berättigat till ett engångsbelopp enligt det differentierade prissystemet.

(253) Kommissionen anser att dessa förslag inte skulle medföra att HB:s distributionssystem blev berättigat till undantag, framför allt av följande skäl: i) erbjudandet skulle begränsas till två typer av små frysdiskar och, viktigare, valet av försäljningsställen som kunde anta detta erbjudande skulle göras av HB, i stället för av detaljhandlarna, som fallet är inom ramen för det nuvarande hyrköpsystemet, ii) det skulle inte vara möjligt att tillämpa systemet retroaktivt och således skulle de första effekterna ge sig till känna tidigast fem år efter införandet av systemet, samt iii) det skulle inte finnas någon garanti för att frysdisken inte skulle ersättas av en frysdisk exklusivt för HB under femårsperioden eller strax därefter, i vilket fall exklusiviteten till förmån för HB skulle fortbestå.

(254) HB anser att kommissionen inte allvarligt har övervägt dessa nya förslag och att en bedömning av dem borde ha ingått i meddelandet om invändningar. Kommissionen instämmer inte i detta. Skälen till att de nya förslagen inte skulle ändra kommissionens uppfattning om rätten till undantag för HB:s distributionssystem, såsom de beskrevs i det föregående, redovisades utförligt i en skrivelse till Unilever några veckor efter att förslagen mottagits. Detta var ett lämpligt administrativt svar på förslag som framställts av ett företag i syfte att beviljas undantag enligt artikel 85.3. På grund av att förslagen inte genomfördes behövde de inte beaktas i meddelandet om invändningar. Dessutom framförde kommissionen på nytt sin ståndpunkt beträffande förslagen vid det muntliga förhöret i juni 1997.

C. ARTIKEL 86

1. *Dominerande ställning*

i) **Den relevanta marknaden**

(255) Den marknad på vilken HB:s ställning skall bedömas är marknaden för enskilt förpackade lösglassartiklar i Irland. Det finns inte, och har inte föreslagits av HB, någon anledning att anta att den geografiska marknaden och produktmarknaden skiljer sig från kommissionens rön i samband med bedömningen på grundval av artikel 85 (skäl 120 ff). Irland är en väsentlig del av den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 86.

ii) **Ekonomisk styrka**

(256) EG-domstolen har ansett [92] att den dominerande ställning som avses i artikel 86 gäller den ekonomiska styrkeposition som ett företag har och som gör det möjligt för detta företag att förhindra att en effektiv konkurrens upprätthålls på den relevanta marknaden genom att ge företaget förmåga att i betydande utsträckning handla oberoende av sina konkurrenter och kunder samt i sista hand oberoende av sina konsumenter.

(257) Förekomsten av en dominerande ställning kan härledas från en kombination av flera faktorer som tagna var för sig inte nödvändigtvis är avgörande, men som tillsammans med andra bildar en sådan ställning. En viktig sådan faktor är förekomsten av en mycket stor marknadsandel.

(258) Mycket stora marknadsandelar utgör i sig själva, bortsett från exceptionella omständigheter, belägg för en dominerande ställning [93]. EG-domstolen ansåg i Akzo-målet [94] att en 50-procentig marknadsandel under normala förhållanden är tillräcklig för att sluta sig till att en dominerande ställning föreligger. I Hilti-målet [95] hävdade förstainstansrätten: ”I detta fall är det fastslaget att Hilti har en andel på 70–80 % av den relevanta marknaden. En sådan marknadsandel är i sig själv ett tydligt tecken på förekomsten av en dominerande ställning på den relevanta marknaden.”

(259) HB har under lång tid haft en volym- och värdeandel på mer än 75 % av den relevanta marknaden (se skäl 27 ovan). I kraft av sin produktionsvolym och sitt storskaliga utbud har företaget en stor ekonomisk styrka. För många detaljhandlare som håller HB:s glass i lager utgör dess konkurrenter inte rimliga alternativa leveranskällor med tanke på hur brett och populärt HB:s produktutbud är. HB:s konkurrenter skulle inte vara i stånd att effektivt uppfylla dessa detaljhandlares förväntningar och efterfrågan. I praktiken är därför HB en oundgänglig handelspartner för många detaljhandlare på den relevanta marknaden, vilket framgår av att en stor majoritet av detaljhandlarna väljer att sälja HB:s glass, och många av dem endast den. HB:s styrkeposition bekräftas vidare av dess rivalers relativa marknadsandelar samt av deras mer begränsade produktsortiment [96]. Detta tillförsäkrar HB, åtminstone inom överskådlig framtid, den handlingsfrihet [97] som är ett särskilt kännetecken på en dominerande ställning [98]. HB:s handlingsfrihet understryks ytterligare av att företaget är den enda glassleverantören för omkring 40 % av försäljningsställena i detaljhandeln på den relevanta marknaden, vilka står för omkring 40 % av försäljningen av lösglass på den marknaden (se skäl 159).

(260) Förutom HB:s mycket stora marknadsandel måste man även beakta andra faktorer som bidrar till dess ekonomiska styrka. HB ingår i en multinationell koncern som under många år har tillverkat och distribuerat glass i alla medlemsstater och i många andra länder, där företag inom Unileverkoncernen i många fall är marknadsledande. Följaktligen har HB tillgång till långvarig expertkunskap om tillverkning och distribution av dessa produkter, som det förvärvat genom sin erfarenhet på dessa områden. Ingen annan aktör på den relevanta marknaden har relevanta kunskaper och erfarenhet i samma utsträckning. Dessutom har HB en stark ställning på den närliggande marknaden för frysta livsmedel och andra företag inom Unileverkoncernen innehar liknande ställningar på livsmedelsmarknaden som helhet, vilket ger HB en ytterligare fördel i dess förbindelser med livsmedelshandeln, den viktigaste distributionskanalen för lösglass i Irland (skäl 39 ff). Vidare har HB ett brett produktsortiment som inbegriper de flesta ledande lösglassmärkena på den relevanta marknaden, och ett distributionsnät som täcker hela landet. Det är också uppenbart att HB i kraft av sin väldiga marknadsandel uppnår skalfördelar i distributionen som dess konkurrenter inte kan uppnå i samma utsträckning.

(261) Med beaktande av alla dessa faktorer kan man dra slutsatsen att HB har en dominerande ställning på marknaden för lösglass i Irland.

---

(92) Se fotnot 58 *United Brands* samt dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot kommissionen, Rec. 1979, s. 461.*

(93) Se fotnot 92, *Hoffmann-La Roche,* skäl 41.

(94) Dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, *Akzo Chemie* BV mot kommissionen, Rec. 1991, s. I-3439, skäl 60.

(95) Förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89, *Hilti* AG mot kommissionen, Rec. 1991, s. II-1439, skäl 92, bekräftad genom EG-domstolens dom av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, *Hilti* AG mot kommissionen, Rec. 1994, s. I-667.

(96) Se fotnot 59.

(97) Den priskampanj som Mars inledde på somaren 995 (se fotnot 82) bemöttes inte av någon av dess konkurrenter.

(98) Se fotnot 92, *Hoffmann-La Roche,* punkt 41.

2. *Missbruk av dominerande ställning*

i) **Begreppet**

(262) EG-domstolen har definierat missbruk av en dominerande ställning som ”... ett objektivt begrepp som gäller beteendet hos ett företag som har en dominerande ställning som är sådan att den påverkar strukturen på en marknad där konkurrensen, som följd av just förekomsten av företaget i fråga, är försvagad och som, genom att tillgripa metoder som skiljer sig från dem som kännetecknar normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av affärsmässiga aktörers transaktioner, förhindrar att den grad av konkurrens som fortfarande finns på marknaden bevaras eller växer” ([99]). Särskilt små konkurrenter bör inte drabbas av ett dominerande företags beteende, som underlättas av detta företags marknadsstyrka och som är utformat för att utestänga dessa konkurrenter från marknaden eller som har en sådan utestängande effekt.

ii) **Överträdelsen**

(263) HB missbrukar, i strid mot artikel 86, sin dominerande ställning på den relevanta marknaden genom att företaget uppmuntrar detaljhandlare (såsom beskrivs nedanför i skäl 266) som inte har frysdiskar för lagring av lösglass som de antingen själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glassleverantör än HB, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor. Denna uppmuntran tar sig formen av ett erbjudande att tillhandahålla frysdiskar till detaljhandlare och att underhålla dem utan någon direkt kostnad för dessa detaljhandlare.

(264) På grund av den naturliga svårigheten att övertala detaljhandlare att antingen ersätta sådana frysdiskar eller att installera ytterligare frysdiskar i dessa försäljningsställen (som beskrivs utförligt under rubriken Artikel 85.1 ovan) gör HB:s uppmuntran av detaljhandlarna att sluta frysdiskavtal med exklusivitetsvillkor, såsom beskrevs i föregående punkt, dessa försäljningsställen till i praktiken exklusiva försäljare av HB:s lösglassprodukter. Detta förstärker HB:s dominerande ställning, och utgör därigenom en överträdelse av artikel 86. Alla former av uppmuntran från en dominerande leverantörs sida av en kund att bevilja leverantören ensamrätt för att förhindra konkurrerande leverantörer att under betydande tidsperioder ha några förbindelser med kunden är förbjudna enligt artikel 86, vilket EG-domstolen och förstainstansrätten har bekräftat i ett flertal mål ([100]).

(265) Om en ekonomisk aktör har en dominerande ställning på marknaden, som i det föreliggande fallet, utgör ensamrätt till leveranser (vare sig detta är målet för eller effekten ([101]) av avtal som slutits av denna aktör) ett oacceptabelt hinder för tillträde på marknaden och skadar den effektiva konkurrensstruktur som avses i artikel 3 g i fördraget ([102]). HB:s frysdiskavtal för försäljningsställen där det endast finns frysdiskar från HB avskaffar friheten för ett mycket betydande antal ([103]) (omkring 40 % av alla försäljningsställen på den relevanta marknaden, vilka står för omkring 40 % av lösglassförsäljningen på den relevanta marknaden, se skälen 156 och 184) detaljhandlare att lagra och till konsumenterna saluföra glass från konkurrerande leverantörer. Som följd av avtalen får dessa detaljhandlare alla sina behov tillgodosedda uteslutande av HB. Följaktligen blir tillträde till den relevanta marknaden svårare för andra leverantörer. Effekten av ett frysdiskavtal med exklusivitetsvillkor blir under dessa omständigheter densamma som av andra åtgärder som vidtas av dominerande leverantör och som utestänger dess konkurrenter från förbindelser med denna detaljhandlare ([104]). Fastän begreppet missbruk är objektivt, kan man notera att HB inte endast är medvetet om utan har avsett att få till stånd den utestängande effekt som följer av dess frysdiskavtal (se skäl 64 ff).

(266) Genom att uppmuntra detaljhandlare att bevilja företaget ensamrätt under de förhållanden som nämns i skäl 263 ovan uppträder HB på ett sätt som avviker från de villkor som reglerar den normala konkurrensen inom konsumentvarusektorn. Denna praxis är lockande för detaljhandlarna, och utgör därmed ett incitament, på grund

([99]) Se fotnot 92, Hoffmann-La Roche, skäl 91.

([100]) Se fotnot 92 *Hoffmann-La Roche* och fotnot 94 *Akzo* samt även förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, *BPB Industries* Plc. och *British Gypsum* Ltd, mot kommissionen, Rec. 1993, s. II-389.

([101]) Målen 85/76 *Hoffmann-La Roche*, skäl 91, 322/81 *Michelin* skäl 70.

([102]) *Hoffmann-La Roche*, skäl 89, *BPB och BG* skäl 68, citerat ovan.

([103]) I målet *British Gypsum*, fotnot 100, skäl 68, sade domstolen att ”... slutande av leveransavtal med ensamrättsklausul avseende en betydande andel av inköpen utgör ett oacceptabelt hinder för tillträde till den marknaden ...”.

([104]) Se fotnot 92 *Hoffmann-La Roche*, skäl 89, fotnot 64 *Michelin*, skäl 70, fotnot 94 *Akzo*, skäl 149, fotnot 100 *British Gypsum* samt även dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, *Almelo* m.fl. mot NV *Energiebedrijf Ijsselmij*, Rec. 1994, s. I-1477, skäl 44.

av dess allmänna bekvämlighet, särskilt det faktum att HB också sköter underhållet av frysdiskarna, och därför att den befriar detaljhandlarna från bekymmer med kapitalkrav, inklusive den inneboende risken i en sådan investering. Den förser även detaljhandlarna med frysdiskar vars kostnader återspeglar HB:s skalfördelar vid tillhandahållande av tjänster, en kostnad som ingen enskild detaljhandlare kunde realisera om han skulle välja att köpa en egen frysdisk. Den inkräktar emellertid på detaljhandlarnas frihet att välja leverantörer på grundval av förtjänsterna hos de produkter de erbjuder. Den ensamrätt som följer av uppmuntran skadar inte endast HB:s konkurrenter på den relevanta marknaden genom att göra det svårare att tränga in i och expandera på marknaden, utan den strider även mot detaljhandlarnas och i sista hand konsumenternas intressen, genom att de förra förhindras att utöva sin valfrihet beträffande de produkter de kan hålla i lager samt hur de skall maximera effektiviteten i utnyttjandet av sitt försäljningsutrymme, och de senare beträffande vilka produkter de kan köpa. HB missbrukar därför sin dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 ([105]).

(267) HB har hävdat att frysdiskavtal är normal affärsmässig praxis på den särskilda marknad som analyseras i detta förfarande och därför inte utgör något missbruk i den mening som aves i artikel 86. Det kan stämma att användning av sådana avtal är normal praxis på den relevanta marknaden och att dessa avtal kan vara fördelaktiga för båda de avtalsslutande parterna därigenom att leverantörerna garanteras en minimiförsäljningsnivå och detaljhandlarna kan förlita sig på säkra leveranser och fördelarna med den tillhandahållna anläggningen. Dessa överväganden som kan vara giltiga i en normal konkurrenssituation på en marknad kan dock inte oreserverat godtas i fråga om en marknad där konkurrensen, på grund av ett företags dominerande ställning, redan är försvagad. Ett företag med en dominerande ställning har ett särskilt ansvar för att dess uppträdande inte skadar den reella, icke snedvridna konkurrensen på den gemensamma marknaden ([106]).

(268) Vidare har HB påstått att ett förbud mot dess frysdiskavtal på grundval av artikel 86 skulle innebära att det tvingades att skada sina egna intressen och straffa det enbart för att det har en dominerande ställning. HB hänvisar till förstainstansrättens uppfattning att enbart det faktum att ett företag med en dominerande ställning ingår avtal som begränsar konkurrensen inte i sig utgör ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 ([107]). Beträffande denna punkt bör det betonas att de förhållanden under vilka avtalen fungerar och i synnerhet deras effekt på konkurrensstrukturen på den relevanta marknaden måste beaktas, i syfte att tillämpa artikel 86, för att avgöra om missbruk förekommer, såsom gjorts i skäl 264–266.

(269) HB har framfört argumentet att exklusivitetsbestämmelsen i dess frysdiskavtal är berättigad för att skydda dess egendom från att utnyttjas av andra glassleverantörer. I detta sammanhang anser HB att gemenskapslagstiftningen i undantagsfall kan behandla aspekter på äganderätt, såsom avtalsbestämmelser, som missbruk under omständigheter där de kunde betecknas som ”orättvisa” eller ”orimliga” ([108]). Det är dock HB:s övertygelse att de vanliga villkoren i dess frysdiskavtal, inklusive exklusivitetsbestämmelsen, inte kan anses vara ”orättvisa”.

(270) Förutom de argument som framfördes tidigare beträffande utövandet av äganderätten i samband med artikel 85 (se skäl 211–220), måste det noteras att detaljhandlarna betalar en ersättning, som ingår i glasspriset, för hyran av utrustningen som HB ställt till deras förfogande. Under sådana förhållanden kan en ytterligare exklusivitetsbestämmelse rörande hyrestagarens användning av egendomen inte motiveras med hänvisning till äganderätten. Den beviljade ensamrätten är endast till leverantörens fördel, på bekostnad av detaljhandlarens valfrihet, och kan i det avseendet anses vara orättvis. HB använder sin egendom som uppmuntran till att bevilja ensamrätt med avseende på inköp av varor med följd att denna användning i

([105]) Se fotnot 92, *Hoffmann-La Roche*, skäl 89 och fotnot 94, *Akzo,* skäl 149.

([106]) Se fotnot 64, *Michelin*, skäl 57, fotnot 100, *British Gypsum,* skäl 67.

([107]) Förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, *Tetra Pak Rausing* SA mot kommissionen, Rec. 1990, s. II-309, skäl 24.

([108]) Dom av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, *Société alsacienne et lorraine de télécommunictaions et d'électronique (Alsatel)* mot SA *Novasam,* Rec. 1988, s. 5987, skäl 10.

sig utgör ett missbruk in den mening som avses i artikel 86 ([109]).

3. *Inverkan på handeln mellan medlemsstaterna*

(271) HB:s missbruk av sin dominerande ställning är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna på samma sätt som diskuterades med avseende på artikel 85 (punkt 201).

IV. ARTIKEL 3 I FÖRORDNING nr 17

(272) Som svar på ansökningarna från Mars och Valley och på HB:s ansökan om icke-ingripandebesked eller alternativt undantag för dess distributionssystem finner kommissionen, av de skäl som redovisats ovan, enligt artikel 3.1 i förordning nr 17 att i Irland och med avseende på enskilt förpackade lösglassartiklar som säljs genom försäljningsställen i detaljhandeln, att

a) exklusivitetsbestämmelsen i HB:s frysdiskavtal för frysdiskar som installerats i försäljningsställen där det endast finns frysdiskar som installerats av HB utgör en överträdelse av artikel 85.1,

och

b) HB:s uppmuntran av detaljhandlare, som inte har frysdiskar som de antingen skaffat själva eller som tillhandahållits av en annan glassleverantör än HB, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor genom att erbjuda sig att leverera frysdiskarna till detaljhandlarna och att sköta underhållet av dem, utan någon direkt kostnad för detaljhandlaren, utgör en överträdelse av artikel 86.

(273) De frysdiskavtal som avses i a) ovan, och som innehåller exklusivitetsbestämmelsen, är fortfarande i kraft. HB fortsätter också att erbjuda frysdiskar på de villkor som avses i b) ovan. Kommissionen kräver därför att HB, enligt artikel 3.1 i förordning nr 17, skall upphöra med dessa överträdelser. Kommissionen kräver vidare att HB skall underrätta de parter med vilka HB har slutit de avtal som avses i a) ovan om att alla de nämnda avtalen är ogiltiga, och att HB:s uppmuntran av dem att sluta avtalen i fråga under dessa förhållanden utgör ett missbruk av dess dominerande ställning som strider mot artikel 86.

(274) HB har uttryckt uppfattningen att kommissionen genom att fortsätta det föreliggande förfarandet inte handlar enligt subsidiaritetsprincipen såsom den kom till konkret uttryck på området för konkurrenslagstiftning genom meddelandet av den 13 februari 1993 om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen ([110]). HB har hävdat att det föreliggande fallet, som gäller den irländska marknaden, redan har analyserats fullständigt och varit föremål för ett beslut av Irlands High Court (skäl 3), som ansåg att varken artikel 85 eller artikel 86 hade överträtts.

(275) Frysdiskexklusivitet är en avtalspraxis som tillämpas av majoriteten av glasstillverkarna i alla delar av gemenskapen. Denna praxis laglighet ifrågasätts inte endast av de två klagomålen i detta fall, utan också av Mars i ett tilläggsklagomål rörande den tyska marknaden. Frysdiskexklusivitet på glassmarknaden i Förenade kungariket var också ämnet för en rapport nyligen från kommittén för monopol- och fusionsfrågor ([111]). Slutligen har en tysk glasstillverkare anmält standardavtal för frysdiskar till kommissionen. Kommissionen är skyldig att framföra sin ståndpunkt beträffande sådana anmälningar. Under dessa förhållanden är ett beslut från kommissionen lämpligt för att säkerställa att gemenskapens konkurrensregler tillämpas konsekvent på olika former av exklusivitet som tillämpas av glasstillverkare i hela gemenskapen.

(276) I kommissionens meddelande av den 13 februari 1993 om sitt samarbete med nationella domstolar vid tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget hävdades att det normalt inte finns tillräckligt gemenskapsintresse för att undersöka ett fall där målsägaren kan försäkra sig om tillräckligt skydd för sina rättigheter vid de nationella domstolarna (åtminstone då dessa domstolar samtidigt har tagit kännedom om frågan, förstainstansrättens dom i

([109]) Se kommissionens beslut 89/589/EEG, *London-European/Sabena,* EGT L 317, 24.11.1988, s. 47 och av den 11 juni 1992, *B&A/Sealink* (inte offentliggjort), Konkurrensrapport 1992 nr 219 och [1992] 5 C.M.L.R. 255.

([110]) EGT C 39, 13.2.1993, s. 6.

([111]) Rapport om utbudet av glass för omedelbar konsumtion i Förenade kungariket, april 1994.

mål T-24/90 ([112]). Kommissionen avser att koncentrera sig på förfaranden som är av särskild politisk, ekonomisk eller rättslig betydelse för gemenskapen.

(277) Om ett fall är av sådan betydelse för gemenskapen kan kommissionen själv vidta åtgärder även om förfaranden redan har inletts vid en nationell domstol. För kommissionens beslut att förfara så eller inte har uppfattningen att fallet är av betydelse för gemenskapen företräde framför beaktandet att den ifrågavarande klaganden kan få hjälp genom nationella förfaranden eller att sådana förfaranden redan har inletts.

(278) Detta fall är av särskild politisk, ekonomisk och rättslig betydelse för gemenskapen, eftersom det tar upp grundläggande frågor rörande affärsmässiga metoder som återfinns i hela gemenskapen, inte endast på glassmarknaden, utan även (som HB själv har framhållit) på många andra marknaden där leverantörer tillhandahåller utrustning till detaljhandlare i samband med försäljning av varor. Det hör därför till den kategori av fall som kommissionen kommer att fortsätta att undersöka själv, även om nationella domstolar redan har fällt utslag i dem.

(279) I sin dom av den 28 maj 1992 (skäl 3) hänvisade Irlands High Court till kommissionens beslut av den 25 mars 1992 ([113]) om interimistiska åtgärder. High Court övervägde också möjligheten att kontakta kommissionen, liksom möjligheten att föra en fråga vidare till EG-domstolen enligt artikel 177 i EG-fördraget. Vid utövandet av sin befogenhet i detta ärende fann High Court att ingetdera av dessa alternativ var nödvändigt för att High Court skulle kunna fälla en dom. Det är inte oförenligt med de principer som reglerar de parallella befogenheterna för de nationella domstolarna och kommissionen vid tillämpningen av artikel 85.1 och artikel 86 i fördraget att kommissionen fattar ett beslut som skiljer sig från en dom från en nationell domstol, förutsatt att det finns ett tillräckligt gemenskapsintresse för att göra så. I det föreliggande fallet består detta intresse, såsom redan framhölls, av att avgöra grundläggande frågor rörande affärsmetoder som återfinns i hela gemenskapen.

(280) Beträffande HB:s hänvisning till förekomsten av motstridiga beslut och till den rättsliga osäkerhet som detta påstås medföra, bör det framshållas att det är EG-domstolens uppgift att ge en slutlig tolkning av de berörda artiklarna i fördraget. Alla kommissionens beslut är öppna för rättslig granskning av förstainstansrätten och i sista hand, i fråga om rättsfrågor, av EG-domstolen. Enligt artikel 177 i fördraget kan Irlands högsta domstol, i vilken ett överklagande av High Courts beslut är anhängiggjort, även be EG-domstolen om ett förhandsavgörande.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Bestämmelsen om exklusivitet i de avtal om frysdiskar, som slutits mellan Van den Bergh Foods Limited och detaljhandlare i Irland för utplacering av frysdiskar i försäljningsställen där det endast finns en eller flera frysdiskar som tillhandahållits av Van den Bergh Foods Limited för lagring av enskilt förpackade lösglassartiklar och där det inte finns frysdiskar som dessa detaljhandlare själva skaffat sig eller som tillhandahållits av en annan glasstillverkare än Van den Bergh Foods Limited, utgör en överträdelse av artikel 85.1 i EG-fördraget.

Artikel 2

Van den Bergh Foods Limiteds begäran om undantag enligt artikel 85.3 i EG-fördraget för den bestämmelse om exklusivitet som avses i artikel 1 ogillas.

Artikel 3

Van den Bergh Foods Limiteds uppmuntran av detaljhandlare i Irland, som inte har frysdiskar som de själva skaffat sig eller som tillhandahållits av någon annan glasstillverkare än Van den Bergh Foods Limited, att sluta avtal om frysdiskar med exklusivitetsvillkor genom att erbjuda sig att utan någon direkt kostnad tillhandahålla dessa detaljhandlare frysdiskar för lagring av enskilt förpackade lösglassartiklar och att underhålla dem, utgör en överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget.

([112]) Förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, *Automec.* S.r.l. mot kommissionen (*Automec* II), Rec. 1992, s. II-2223.

([113]) Beslut i ärendena IV/31.533 och IV/34.072 Schöller/Langnese-Iglo.

Artikel 4

Van den Bergh Foods Limited uppmanas härmed att omedelbart upphöra med de överträdelser som avses i artiklarna 1 och 3 samt att avstå från alla åtgärder med samma syfte eller verkningar.

Artikel 5

Van den Bergh Foods Limited uppmanas härmed att inom tre månader efter delgivningen av detta beslut informera de detaljhandlare med vilka det för närvarande har avtal om frysdiskar som utgör överträdelser av artikel 85.1 i EG-fördraget såsom beskrivs i artikel 1 om den fullständiga lydelsen av artiklarna 1 och 3, samt att underrätta dem om att bestämmelserna om exklusivitet är ogiltiga.

Artikel 6

Detta beslut riktar sig till:

Van den Bergh Foods Limited
Whitehall Road
Rathfarnham
IRL-DUBLIN 14.

Utfärdat i Bryssel den 11 mars 1998.

På kommissionens vägnar
Karel VAN MIERT
Ledamot av kommissionen