II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 11. marts 1998

om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86

(Sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited)

(meddelt under nummer K(1998) 292)

(Kun den engelske udgave er autentisk)

(98/531/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af traktatens artikler 85 og 86 [1], senest ændret ved akten vedrørende Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse, særlig artikel 3, stk. 1,

under henvisning til de begæringer, som Masterfoods Limited og Valley Ice Cream (Ireland) Limited har fremsat i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 mod Van den Bergh Foods Limited, tidligere HB Ice Cream Limited, med påstand om, at de i strid med konkurrencereglerne forhindres i at sælge deres isprodukter i Irland,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 29. juli 1993 om at indlede proceduren,

under henvisning til den begæring om negativattest/fritagelse, som Van den Bergh Foods Limited fremsatte den 9. marts 1995 i henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 17, med hensyn til sine distributionsordninger for impulsisprodukter i Irland,

efter at have givet den berørte virksomhed lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 sammen med Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 [2],

efter at have hørt Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. INDLEDNING

(1) Denne beslutning angår de ordninger, som Van den Bergh Foods Limited, tidligere kendt under navnet HB Ice Cream Limited (i det følgende benævnt »HB«), har indført for distributionen af sine impulsisprodukter i Irland. HB følger en politik, som indebærer, at det på grundlag af en eksklusivaftale stiller frysere til rådighed for detailforretninger, der fører dets isprodukter.

[1] EFT 13 af 21.2.1962, s. 204/62.

[2] EFT 127 af 20.8.1963, s. 2 268/63.

(2) Den 18. september 1991 indgav Master Foods Limited, der driver forretning under navnet Mars Ireland (i det følgende benævnt »Mars«), en klage [3] til Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 mod HB med hensyn til sidstnævntes forsyning af et stort antal detailhandlere med frysere på grundlag af frysereksklusivitet. Mars påstår, at det i strid med konkurrencereglerne hindres i at få adgang til detailforretninger med henblik på salg af impulsisprodukter i Irland som følge af denne praksis.

(3) Mars kom ind på det irske ismarked i 1989. I april 1990 nedlagde den irske High Court et foreløbigt forbud til fordel for HB, som forhindrede, at Mars' produkter anbringes i HB's frysere. I maj 1992 afsagde High Court [4] en kendelse til fordel for HB, hvorefter det permanent forbydes Mars at tilskynde detailhandlerne til at opbevare Mars' isprodukter i HB's frysere. Retten fandt endvidere, at HB's politik med frysereksklusivitet ikke var omfattet af forbuddet i artikel 85, stk. 1. Den erklærede ligeledes, at artikel 96 ikke var blevet overtrådt, hverken som følge af HB's eksklusivitetspolitik eller prispolitik. Retten fandt imidlertid, at HB indtog en dominerende stilling på det irske impulsismarked. Mars har appelleret disse domme til den irske højesteret (Supreme Court).

(4) Den 22. juli 1992 indgav Valley Ice Cream (Ireland) Limited (»Valley«) en klage [5] til Kommissionen mod HB svarende til Mars' klage. Valley producerede is i Irland, men trådte i likvidation i 1997. Det havde indtil kort forinden været den vigtigste distributør af Mars' isprodukter i Irland.

(5) Den 29. juli 1993 drog Kommissionen den foreløbige konklusion, at HB's daværende distributionssystem var i strid med både artikel 85 og 86, og sendte en klagepunktsmeddelelse herom til HB. Kommissionens syn på distributionsordningernes lovlighed blev anfægtet af HB.

(6) Kommissionen erkendte i sin klagepunktsmeddelelse, at HB's ordninger medfører en vis forbedring af distributionen, men den mente, at dette blev opvejet af den skadelige virkning af den begrænsede konkurrence. Det blev ikke desto mindre påpeget, at HB fortsat havde mulighed for a foreslå en ændring i distributionsordningerne for impulsis i Irland, som eventuelt kunne fritages i henhold til artikel 85, stk. 3. Samtidig med at HB fastholdt sit syn på lovligheden af de distributionsordningerne — og efter drøftelser med Kommissionen — fremsatte det en række sådanne forslag. Den 8. marts 1995 blev disse anmeldt til Kommissionen [6], som derefter udsendte en erklæring [7], hvori den gav udtryk for, at ændringerne umiddelbart forekom at opfylde betingelserne for fritagelse.

(7) På grundlag af disse forslag og på baggrund af HB's forventninger til disses virkninger på markedet meddelte Kommissionen den 15. august 1995 [8], at den havde til hensigt at træffe en positiv beslutning med hensyn til HB's anmeldte distributionsordninger. Ændringerne førte imidlertid ikke til det forventede resultat med hensyn til de åbnede forretninger. Som følge heraf og på grund af den øjeblikkelige situation på markedet har Kommissionen ændret opfattelse (se under betragtning 247 ff). Den 22. januar 1997 sendte Kommissionen derfor HB en ny klagepunktsmeddelelse. HB svarede skriftligt herpå den 24. april 1997 og fremførte sine argumenter ved en mundtlig høring den 11. juni 1997.

II. SAGSFREMSTILLING

1. *Produktet*

i) **Is generelt**

(8) De vigtigste råstoffer til fremstilling af is er mælk (herunder skummetmælk), fedt (mælk eller vegetabilsk fedt) og sukker. Andre tilsætningsstoffer kan bl.a. være emulgerings- og stabiliseringsmidler, farve- og smagsstoffer, nødder, chokolade og frugtkoncentrat. Lovgivningen vedrørende produktdefinition, mærkning og tilladt indhold (luftkoefficient osv.) adskiller sig en del fra den ene medlemsstat til den anden. Indholdet i frossen yoghurt, sodavandsis (vandbaserede produkter) og softice (som fremstilles med vegetabilsk fedt og

[3] Sag IV/34.073.
[4] Masterfoods versus HB Ice Cream, [1992] 3 CMLR 830.
[5] Sag IV/34.395.
[6] Sag IV/35.436.
[7] Kommissionens pressemeddelelse af 8. marts 1995, IP/95/229.
[8] EFT C 211 af 15.8.1995, s. 4. Meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 med et resumé af HB's ændrede distributionsordninger og en opfordring til berørte tredjeparter om at fremsætte deres bemærkninger. Der blev modtaget bemærkninger fra Mars.

ikke har noget mælkeindhold) adskiller sig betydeligt fra isprodukter som helhed.

(9) Isprodukter skal opbevares ved lav temperatur under alle stadier af produktion og distribution inden det endelige forbrug. En undtagelse herfra er softice, som leveres til en detailhandler i form af en blanding (solgt til detailhandlerne enten som et friskt eller et sterilt produkt) og først omdannes til et slutprodukt, når den behandles i en særlig maskine i detailhandlerens forretning.

(10) Is kan klassificeres efter, hvordan den fremstilles og distribueres. Der skelnes sædvanligvis mellem på den ene side hjemmelavet is, der normalt fremstilles, distribueres og forbruges lokalt i mindre målestok, og på den anden side industriis, der fremstilles til distribution i stor målestok. Næsten al is, der fremstilles og sælges i Irland, er industriis.

(11) Is kan også klassificeres efter forbrugsstedet. Der er stort set tale om tre kategorier:

— impulsis, bestående af enkeltemballerede artikler (ofte ispinde) og is til servering i enkeltportioner (»scooped« ice cream), beregnet til omgående forbrug på eller nær købsstedet

— take home-is, herunder såkaldte »multipacks« med enkelte artikler, blokke, bøtter, dessertprodukter osv., beregnet til forbrug i hjemmet

— cateringis, som sælges i store partier til hoteller, restauranter, caféer osv. til forbrug på de steder som led i en cateringservice.

ii) **Impulsis**

(12) Enkeltemballerede impulsisartikler opbevares normalt i selvbetjeningsfrysere, der er opstillet i eller umiddelbart uden for detailforretningen. Fryserne anbringes normalt på et iøjnefaldende sted. Ligesom i forbindelse med alle produkter, der afhænger af impulskøbsbeslutninger, er en af de vigtigste faktorer for salget af impulsis, at produktet er tilgængeligt og synligt på salgsstedet. Er dette ikke tilfældet, forspildes muligheden for at sælge produktet[9], idet forbrugere af impulsis normalt ikke kommer med det formål at foretage et køb og normalt heller ikke udskyder en beslutning om køb til senere. Adgang til et omfattende distributionsnet er af særlig stor betydning for kundernes afprøvning af nye produkter, hvorved efterspørgslen efter disse produkter kan blive stimuleret. Enkeltemballerede impulsisprodukter er næsten uvægerligt mærkevarer, som støttes af store investeringer i reklame og andre salgsfremmende aktiviteter.

(13) Årstiderne har stor indvirkning på forbruget af impulsis, idet det største salg ligger i sommermånederne. I 1992 lå f.eks. omkring to tredjedele af HB's impulssalg i de fire måneder fra maj til august. Salget afhænger også i betydelig grad af vejret.

(14) Medens børn er særlig vigtige som købere af enkeltemballerede isprodukter, går tendensen inden for nye industrielle impulsprodukter mod såkaldte kvalitetsprodukter (»premium« eller »super premium«; disse udtryk betegner normalt produkter med et højt mælkefedtindhold og et lavt indhold af luft), som hovedsagelig henvender sig til voksne forbrugere. Disse produkter er dyrere og er rettet mod et bredere marked, som også omfatter voksne, og de repræsenterer den hurtigst voksende del af impulsmarkedet.

(15) Is til servering i enkeltportioner (»scooping«-is) leveres i store partier til detailhandleren, som normalt opbevarer den i en specialfryser og serverer den til kunden i en vaffel. I Irland har denne type is kun marginal betydning med hensyn til salget.

(16) Softice leveres i form af en blanding, som detailhandleren så skal behandle yderligere ved tilsætning af flere ingredienser og ved hjælp af en særlig maskine, som omdanner den til det kolde produkt,

[9] Noel McEneaney, HB's marketingchef, citeres i marts 1996-udgaven af det irske detailhandelstidsskrift »Shelflife« for at have sagt: »Der er en tommelfingerregel, der siger, at for hver tre personer, der køber et impulsprodukt, var der kun en, der kom ind i forretningen med den hensigt at købe en is. Vi forsøger at maksimere denne faktor ved at sørge for, at det første, kunden ser, når han eller hun træder ind i forretningen, er en fryser med is, enten inden for indgangen eller ved siden af kassen.«

der serveres til kunden. Softice serveres sædvanligvis i en vaffel.

(17) Set fra producentens synsvinkel er større handel med impulsis kapitalintensiv og indebærer betydelig økonomiske risici som følge af afhængigheden af uforudsigelige vejrforhold. Det kræver stor arbejdskapital at finansiere produktionen forud for sæsonen og ligge inde med lagre. Der stilles i årets løb store krav til virksomhedens logistik og planlægning for at klare den forholdsvis korte sæson.

2. *Ismarkedet i Fællesskabet*

(18) Inden for EF adskiller de enkelte landes ismarkeder sig fra hinanden. F.eks. svinger det årlige forbrug af hjemmelavet is fra over 6 liter per capita i Italien til mindre end ½ liter per capita i Spanien og endnu mindre i Irland. Industriis tegner sig for de fleste af de produkter, der sælges i Europa. Produktionen af industriis er højest i Det Forenede Kongerige efterfulgt af Tyskland, Italien og Frankrig i nævnte rækkefølge. Salget af impulsis som en andel af det samlede ismarked varierer også betydeligt mellem de forskellige medlemsstater.

(19) Virksomheder i Unilever-koncernen er de største isleverandører i de fleste medlemsstater. I impulssektoren er Unilever-selskaberne markedsførende i hver medlemsstat med undtagelse af Spanien, Grækenland og Finland. Nestlé-, Artig/Beatrice-, Grand Metropolitan- og Schöller-koncernerne sælger is i mere end en medlemsstat. Nogle af disse koncerner, f.eks. Unilever og Nestlé, driver virksomhed under forskellige navne i forskellige medlemsstater.

(20) De nationale regler for indholdet i is er ikke harmoniseret i EF. De forskelle, der består, navnlig med hensyn til de tilladte typer mælke- og plantefedt, kan give anledning til væsentlige forskelle i de produkter, der findes i de forskellige medlemsstater, og i priserne på dem. De gennemsnitlige detailpriser for ensartede og endog identiske isprodukter kan ligeledes svinge betydeligt fra den ene medlemsstat til den anden. En analyse af det udvalg af produkter, der udbydes af leverandører, som opererer på flere markeder, viser imidlertid, at ensartede eller identiske produkter ofte sælges under forskellige produkt- eller mærkenavne. Der foregår endvidere en betydelig handel med isprodukter mellem medlemsstaterne.

(21) Den praksis, at der leveres frysere til detailhandlere på betingelse af eksklusivitet, anvendes i stort omfang af isproducenter og -distributører i hele Europa, herunder såvel virksomheder i Unilever-koncernen som mange af dens konkurrenter.

3. *Ismarkedet i Irland*

i) **Generelt**

(22) Det irske isforbrug per capita er et af de højeste i Fællesskabet. Nedenstående tabel indeholder for 1995 og 1996 en oversigt over den samlede mængde og værdi af industriis, der er markedsført i Irland [10]:

	1996 (mængde) (1 000 liter)	1996 (værdi) (1 000 IEP)	1995 (mængde) (1 000 liter)	1995 (værdi) 1 000 IEP)
Impuls	11 632	46 425	12 297	56 430
Multipacks	1 480	5 585	1 388	5 597
Take home	14 065	28 832	15 542	31 281
Catering	4 718	11 175	4 756	10 954
I alt	31 895	96 523	33 983	104 262

I sommeren 1995 steg salget (navnlig af impulsprodukter) stærkt som følge af de gode vejrforhold. De forholdsvis dårligere vejrforhold i sommeren 1996 forklarer det relative fald i salget i det år. Den samlede værdi af softicemarkedet [11] i Irland anslås af HB til at ligge på omkring [. . .] (*) IEP om året.

[10] *Kilde:* AC Nielsen, et førende markedsanalyseinstitut. Tallene for værdierne angår detailsalget og er ikke de samme som de tal for bruttosalgsværdien, der henvises til andetsteds; tallene for bruttosalgsværdien omfatter hverken detailhandlernes fortjeneste eller moms. Disse tal omfatter sodavandsis.

[11] Ifølge HB er markedsoplysningerne for denne sektor ikke offentligt tilgængelige.

(*) Forretningshemmeligheder.

ii) **HB**

(23) HB er Irlands førende producent og distributør af isprodukter. Virksomheden kan føre sin stilling som dominerende leverandør af isprodukter i Irland tilbage til 1968, hvor den overtog isaktiviteterne hos den daværende største konkurrent Premier Dairies [12]. Den har siden 1974 været en del af Unilever-koncernen. Virksomheden blev omdannet i 1993 som Van den Bergh Foods Limited efter HB Ice Cream Limiteds fusion med andre virksomheder i Unilever-koncernen. I 1996 havde den en omsætning på ca. [. . .] IEP. Det tilsvarende tal for omsætningen i 1995 var [. . .] IEP i forhold til [. . .] IEP i 1994 og [. . .] IEP i 1993.

(24) Den multinationale Unilever-koncern er en af verdens førende producenter af forbrugsgoder. De to moderselskaber, Unilever NV og Unilever plc, opnåede en global konsolideret omsætning i 1996 på ca. 33,5 mia GBP. Unilever-koncernens omsætning i Irland i samme periode lå på ca. 231 mio IEP. Virksomheder under Unilever-koncernen fremstiller og distribuerer isprodukter i alle medlemsstater, hvor Unilever i de fleste er markedsleder. Unilevers politik på de forskellige nationale ismarkeder har været at erhverve lokale isvirksomheder og udvikle mærker på nationalt plan. For nylig har Unilever imidlertid udviklet en række produkter på internationalt plan, herunder den meget populære Magnum-is.

(25) HB leverer et komplet udvalg af isprodukter, herunder en lang række impulsprodukter (inklusive premium-produkter), hvoraf mange er meget populære hos forbrugerne. Størstedelen af produkterne fremstilles i Irland, men nogle produceres af andre Unilever-isselskaber og importeres af HB. Isen markedsføres under mærket HB, og de irske forbrugere er meget bevidste om dette mærke. HB sælger også softiceblandinger til detailhandlerne, som omdanner dem til softice.

(26) Den samlede mængde is, som HB har markedsført i Irland, er anført i nedenstående tabel (1 000 liter):

	1993	1994	1995	1996
Impuls	8 138	8 563	10 170	9 736
Multipacks	648	908	1 091	2 664
Take home	10 392	10 960	11 582	15 344
Catering	737	1 146	1 189	1 788
I alt	19 915	21 577	24 032	23 398

(27) I 1996 markedsførte HB impulsis for en værdi af i alt [. . .] IEP (bruttosalgsværdi) i forhold til en samlet værdi på ca. [. . .] IEP i 1995 og ca. [. . .] IEP i 1994.

(28) HB opnåede en værdimæssig andel af markedet [13] for impulsis i Irland på ca. 85 % i firemånedersperioden fra juni til september 1996, en stigning fra 83 % i samme periode 1995, 77 % i sommeren 1994 og 76 % i sommeren 1993. Mængdemæssigt lå HB's markedsandel i sommeren 1996 på omkring 85 % i forhold til 83 % i samme periode 1995 og 80 % i 1994 og 1993. I perioden juni/juli 1997 lå HB's mængdemæssige andel på 89 %, og den værdimæssige andel lå også på 89 %. Ifølge HB skyldes denne stigning i markedsandelen i det mindste delvis det forhold, at Valley havde økonomiske vanskeligheder, og at aftalen mellem Mars og Valley om fælles distribution ophørte. HB anslår, at dets andel af softicemarkedet i Irland ligger på omkring [. . .] %.

iii) **Andre producenter**

(29) Det resterende irske ismarked deles hovedsagelig mellem Mars, Valley, Nestlé, Leadmore (Ireland) Ltd (i det følgende benævnt Leadmore), Dale Farm Dairy Group Ltd (i det følgende benævnt Dale Farm) og Häagen Dazs.

a) *Mars*

(30) Mars er et 100 %-ejet datterselskab af det privatejede amerikanske multinationale selskab Mars Incoporated. Som sådan indgår det i en international koncern med datterselskaber i de fleste med-

[12] Fra den ene dag til den anden steg HB's andel af ismarkedet fra 42 % til 80 %. Til gengæld overtog Premier Dairies HB's mælkeaktiviteter.

[13] Disse tal for markedsandelen stammer fra AC Nielsen, som med henblik på beregningen af disse tal anvender samme markedsdefinition som i nærværende beslutning, dog med den undtagelse, at sodavandsis er medtaget — dette påvirker imidlertid ikke i væsentlig grad de forskellige markedsdeltageres forholdsmæssige andel.

lemsstater. Mars kom først ind på ismarkedet, da det købte den amerikanske isvirksomhed Dove. På grundlag af dets gode ry inden for konfekturemærker udviklede Mars isudgaver af nogle af disse mærker, hvorved disse blev udvidet til en ny produktkategori. Mars fremstiller al sin is til det europæiske marked på produktionsanlæggene i Frankrig (Doveurope SA) og benytter de samme produktnavne i hver medlemsstat. Mars præsenterede første gang sine isprodukter i Europa i 1988.

(31) Mars begyndte at sælge is i Irland i 1989 i form af enkeltemballerede produkter samt i multipacks. Mærkernes eksisterende høje popularitet blandt forbrugerne reducerede markedsføringsomkostningerne. Det udvalg af isprodukter, som Mars tilbyder, er begrænset til et forholdsvis lille antal artikler, hvoraf de fleste ligger inden for markedets (dyrere) premium-segment og hovedsagelig henvender sig til voksne forbrugere.

(32) Mars' værdimæssige markedsandel for impulsis i Irland i perioden fra juni til september 1996 lå på ca. 6 % i forhold til 7 % i samme periode 1995 og 10 % i sommeren 1994 og 14 % i 1993. Mars' mængdemæssige andel ligger noget lavere, hvilket afspejler, at dets produkter ligger i den dyrere ende (premium). I sommeren 1995 og 1996 opnåede Mars ca. 4 % i forhold til ca. 6 % i sommeren 1994 og 8 % i 1993. I perioden juni/juli 1997 lå Mars' mængdemæssige andel på 4 % og den værdimæssige andel på 5 %.

b) *Valley*

(33) Indtil likvidation i oktober 1997 leverede Valley et bredt udvalg af impulsisprodukter, dog ikke i premium-kategorien. Valley havde igennem et stykke tid haft økonomiske vanskeligheder, herunder likvidationen og den efterfølgende rekonstruktion i 1985. Det havde en (værdimæssig) markedsandel i sommeren 1996 på ca. 6 % i forhold til 7 % i 1994 og 1995 og 5 % i 1993. Dets mængdemæssige andel lå på ca. 8 % i 1996 i forhold til 9 % året før. I perioden juni/juli 1997 lå Valleys mængdemæssige andel på 3 % og dets værdimæssige andel på 2 %. Fra 1989 til begyndelsen af 1997 var Valley hoveddistributør af Mars' impulsisprodukter.

c) *Nestlé*

(34) Nestlé er et multinationalt selskab med datterselskaber i isbranchen i de fleste medlemsstater. Nestlé kom ind på det irske marked i 1994 og opnåede en værdi- og mængdemæssig markedsandel på ca. 2 % i 1995 og 1996 i forhold til 1 % i 1994. I perioden juni/juli 1997 lå både den værdigmæssige og den mængdemæssige andel på 2 %.

d) *Häagen Dazs*

(35) Häagen Dazs (Del af Grand Metropolitan-koncernen) kom ind på det irske impulsismarked i 1993 med et begrænset udvalg af dyr luksusis. Dets andel af impulsismarkedet er stadig meget lille og er ikke beregnet særskilt af Nielsen.

e) *Dale Farm*

(36) Dale Farm, som er et datterselskab af det britiske mejeriselskab Northern Foods, er hovedsagelig baseret i Nordirland, hvor det er markedsleder. Det distribuerer sine isprodukter via uafhængige franchisetagere og repræsentanter. Det havde en mængde- og værdimæssig markedsandel på 1 % i sommeren 1995 og 1996 i forhold til 0,5 % i 1994. I perioden juni/juli 1997 lå Dale Farms mængde- og værdimæssige andele begge på 1,5 %. Dale Farm distribuerer også Mars' produkter, idet det dog får disse leveret af Mars' britiske datterselskab og ikke dets irske datterselskab.

f) *Leadmore*

(37) Leadmore er en regional producent af isprodukter. I december 1994 trådte Leadmore Ice Cream Ltd i betalingsstandsning. Det blev købt som en going koncern af den midlertidige bobestyrer i maj 1995 og rekonstrueret som Leadmore (Ireland) Ltd. Leadmore opnåede en værdigmæssig markedsandel på ca. 0,5 % i sommeren 1995, 1996 og juni/juli 1997 i forhold til 3 % i sommeren 1994. Leadmore opererer hovedsagelig inden for et begrænset geografisk område.

g) *Leverandører af softiceblandinger*

(38) Foruden HB (se ovenfor) er de andre vigtigste leverandører af softiceblandinger i Irland: R&F Martin (driver virksomhed under navnet »Angelito's«) med en anslået markedsandel på 35 % og Pritchards med en anslået andel på 20 %. De øvrige leverandører omfatter bl.a. Leepatrick Dairies og Dawn Dairies med endnu mindre andele.

4. *Distributionskanaler for impulsis i Irland*

i) **Generelt**

(39) I Irland distribueres industriel impulsis til forbrugerne via en lang række detailforretninger og andre forretninger lige fra købmandsforretninger, den traditionelle detailhandel (betegnes ofte TSN — tobaksforretninger, konfektureforretninger, bladkiosker), servicestationer og kiosker til forlystelsessteder og fritidscentre. Langt de vigtigste salgssteder for impulssalg er den traditionelle detailhandel, købmandsforretninger (herunder symbol/franchise-grupper) og servicestationer. Dette fremgår af AC Nielsens undersøgelser [14] af ismarkedet i Irland i sommeren 1992 og april/maj 1995, som gav følgende (værdimæssige) fordeling af impulsis solgt gennem de forskellige detailkanaler:

	Juni/juli 1992	August/ september 1992	April/maj 1995
Kædeforretninger	3 %	4 %	2 %
Købmandsforretninger	60 %	59 %	55 %
TSN/servicestationer	37 %	37 %	43 %

(40) AC Nielsens detailoptællinger for 1991 og 1994 viser følgende detailforretningsstruktur i levnedsmiddel- og konfektureseksteren (antal forretninger):

	1991	1994
Kædeforretninger	154	160
Symbolgrupper	999	1 015
Købmandsforretninger	6 069	5 652
TSN	1 864	1 863
Servicestationer	1 186	979
I alt	10 272	9 669

(41) Som det fremgår, har strukturen kun ændret sig lidt i den treårige periode, bortset fra faldet i antallet af købmandsforretninger. De fleste af disse forretninger sælger impulsis. I 1994 lå andelen på 95 %. HB anslår antallet af detailforretninger, der sælger impulsis, til 9 454 (1997), baseret på AC Nielsen-tallene.

(42) Kædeforretninger (en kategori af forretninger, der hovedsagelig omfatter supermarkeder) sælger først og fremmest take home-is, herunder multipacks, og disse opbevares ofte — i lighed med frosne fødevarer — i detailhandlerens egne frysere. Det bør desuden bemærkes, at i forbindelse med nogle af de mindre købmandsforretninger i Irland kan impuls- og take home-isprodukter ikke blot sælges i samme forretning, men endog fra samme fryser.

(43) Det er klart, at normale detailforretninger kun har begrænset plads til opstilling af frysere. De vigtigste forretninger i forbindelse med salg af impulsis er normalt arealmæssigt små og derfor underlagt særlige pladsmæssige begrænsninger. Impulsis er et marginalt produkt for de fleste detailhandlere, idet det kun tegner sig for en begrænset procentdel af en forretnings omsætning og overskud og konkurrerer om pladsen med en række andre produkter (impuls- og ikke-impulsprodukter), hvoraf mange har den fordel, at salget ikke svinger sæsonmæssigt og således på årsbasis kan give et større salg pr. arealenhed [15]. Ifølge oplysninger fra HB tegner is sig værdimæssigt kun for 8,5 % af det samlede salg af impulsprodukter i Irland (konfekture, sodavand, snacks og is). Endvidere er den plads, der er til rådighed i en forretning, ikke altid af samme betydning for salget af impulsprodukter, hvorimod en iøjnefaldende placering er af altafgørende betydning (jf. fodnote 9).

(44) Adgangen til distribution måles normalt med hensyn til a) »uvægtet (numerisk) distribution«, dvs. den procentvise andel af forretninger, der sælger impulsis (numerisk), når en producents produkter er til stede, og b) »vægtet distribution«, dvs. den procentvise andel af forretninger, der sælger impulsis, når en producents produkter er til stede, vægtet for omsætningen i impulsis. Selv om den vægtede distribution normalt anses for at være det vigtigste mål for en virksomheds distributions-

[14] AC Nielsens analyse af impulsismarkedet er den eneste regulære pålidelige kilde til markedsdata vedrørende distributionen af impulsis i Irland. De forretninger, der er medtaget i Nielsens såkaldte »univers«, er de samme som dem, der blev undersøgt i forbindelse med analysen af konfekturemarkedet, og udelukker en række marginale issalgssteder som f.eks. biografer, teatre og isboder.

[15] Den markedsundersøgelse, der blev foretaget af Lansdowne i sommeren 1996, og som er beskrevet i detaljer nedenfor, viste, at fryserne kun i meget begrænset omfang blev flyttet med henblik på at opfylde sæsonbetingede svingninger i efterspørgslen (jf. betragtning 97).

niveau, er numerisk distribution af særlig betydning i forbindelse med impulsprodukter, idet den er den mest nøjagtige indikation af, hvorvidt produktet er tilgængeligt (og synligt) for forbrugerne. Betydningen af et højt tal for numerisk distribution er mest udtalt i de tilfælde, hvor impulsprodukter markedsføres for første gang, idet muligheden for, at forbrugerne vil prøve produktet mindst en gang, derved øges.

ii) **HB**

(45) HB's isprodukter sælges i hver kategori af de distributionskanaler, der er anført under betragtning 38. HB sælger impulsisprodukter til i alt [. . .] kunder. [. . .] ([. . .] %) af HB's kunder har en årsomsætning i HB-impulsis på under 1 500 IEP.

(46) Ifølge en række undersøgelser foretaget af AC Nielsen i Irland i de seneste år opnåede HB ca. 79 % numerisk distribution og 94 % vægtet distribution for sine impulsisprodukter i perioden august/september 1995. Dette betyder, at dets produkter numerisk blev solgt fra 79 % af forretningerne [16] og at HB's impulsprodukter blev solgt fra forretninger, der tegner sig for 94 % af det samlede impulsissalg i Irland. Tallene var næsten de samme i perioden juni/juli i det år, hvor den vægtede andel lå på 95 %. I juni/juli 1994 lå de numeriske og vægtede distributionstal for HB på henholdsvis 78 % og 92 %. I august/september i det år lå tallene på 79 % og 93 %. I perioden juni/juli 1996 lå HB's numeriske distribution på 82 % og dets vægtede andel på 96 %; i august/september 1996 var tallene uændrede, men i juni/juli 1997 lå HB's numeriske distribution på 85 % og dets vægtede andel på 97 %.

iii) **Mars**

(47) Ifølge AC Nielsen opnåede Mars ca. 35 % numerisk distribution og 48 % vægtet distribution for sine impulsisprodukter i perioden august/september 1995. Tallene var de samme i perioden juni/juli samme år. I juni/juli 1994 lå de numeriske og vægtede distributionstal for Mars på henholdsvis 36 % og 56 %. I august/september samme år lå tallene på 34 % og 52 %. I perioden juni/juli 1996 lå Mars' numeriske distribution på 32 % og dets vægtede andel på 43 %; i august/september 1996 lå det numeriske tal på 31 %, og den vægtede andel var uændret. I juni/juli 1997 lå dets numeriske distribution på 30 % og den vægtede andel på 40 %.

(48) Mars anslår (på grundlag af en undersøgelse foretaget af det daværende salgspersonale), at det — inden det foreløbige forbud, som den irske High Court nedlagde i 1990 (senere gjort permanent — jf. betragtning 3), og som forhindrede Mars i at tilskynde detailhandlere til at opbevare Mars' isprodukter i HB's frysere — havde nået ca. 42 % uvægtet distribution på impulsismarkedet i Irland. Dette niveau blev nået i løbet af de første måneder efter præsentationen af produkterne på det irske marked og blev i stort omfang nået ved at anbringe Mars-produkter i HB's frysere. Mars anslår, at dette tal for distributionen faldt til under 20 % efter forbuddet.

iv) **Andre producenter**

(49) Valley opnåede en numerisk distribution i august/september 1995 på 29 % og en vægtet distribution på 36 % i samme periode. I juni/juli 1995 lå tallene på henholdsvis 30 % og 37 %. I juni/juli 1994 lå de på henholdsvis 28 % og 39 %, og i august/september 1994 på henholdsvis 29 % og 39 %. I perioden juni/juli 1996 lå Valleys numeriske distribution på 26 % og dets vægtede andel på 31 %; i august/september 1996 lå det vægtede tal på 30 %, og den numeriske andel var uændret. I juni/juli 1997 faldt dets numeriske distribution til 20 % og dets vægtede andel til 19 %.

(50) Nestlé opnåede en numerisk distribution i august/september 1995 på 20 % og en vægtet distribution på 25 % i samme periode. I juni/juli 1995 lå tallene på henholdsvis 20 % og 26 %. I juni/juli 1994 lå de på henholdsvis 19 % og 18 %, og i august/september 1994 på henholdsvis 20 % og 19 %. Størstedelsen af Nestlés distributionstal i 1994 udgjordes af salget af blot ét af dets produkter, »Fruit Pastilles«. I perioden juni/juli 1996 lå Nestlés numeriske distribution på 19 % og dets vægtede andel på 24 %; i august/september 1996 lå det numeriske tal på 18 % og den vægtede andel

[16] De reelle tal for uvægtet/numerisk distribution ligger noget højere, idet ikke alle de forretninger, der er medtaget i undersøgelsen, fører impulsis. F.eks. blev der kun solgt impulsis i 93 % af alle de forretninger, der blev undersøgt i dette tidsrum. I dette tilfælde er det derfor mere korrekt at justere tallet 79 % til 79/93 = 85 %. En lignende justering kan foretages for alle tidsrummene, men dette er ikke sket i forbindelse med denne beslutning. Denne forvridning foreligger ikke for det vægtede tal.

på 25 %. I juni/juli 1997 steg dets distribution til 20 %, og dets vægtede andel faldt til 21 %.

(51) Dale Farm opnåede en numerisk distribution i august/september 1995 på 11 % og en vægtet distribution på 12 % i samme periode. I juni/juli 1995 lå tallene på henholdsvis 11 % og 11 %. I juni/juli 1994 lå de på henholdsvis 5 % og 6 %, og i august/september 1994 på henholdsvis 4 % og 6 %. I perioden juni/juli 1996 lå Dale Farms numeriske distribution på 9 % og dets vægtede andel på 8 %, og i august/september 1996 lå det numeriske tal på 8 % og den vægtede andel på 7 %. I juni/juli 1997 lå den numeriske andel på 11 % og den vægtede andel på 11 %.

(52) Inden Leadmore trådte i betalingsstandsning i slutningen af 1994 havde virksomheden i juni/juli 1994 sikret sig en numerisk distribution på 17 % og et vægtet tal på 15 %. Dets numeriske distribution i samme periode i 1995 lå på ca. 10 %. I perioden juni/juli 1996 lå Leadmores numeriske distribution på 7 % og dets vægtede andel på 6 %. I juni/juli 1997 lå den numeriske andel på 4 % og den vægtede andel på 7 %.

5. *Distributionsordninger for impulsis i Irland som helhed*

(53) Storstilet distribution af industriis kræver blandt andet hyppige leverancer med køletransport fra fabrikken til salgsstedet eller cateringforretningen, som til gengæld skal have frysekapacitet (sædvanligvis frysere) på stedet. En isproducent må enten opbygge sig eget distributionsnet for frosne produkter eller indgå en aftale, som giver ham adgang til distributionsnettet hos en anden isproducent eller grossist. En distributør må være stand til at garantere hyppige leverancer og må kunne efterkomme ordrer med kort varsel, navnlig om sommeren.

(54) I Irland er det sædvane, at producenter, der leverer impulsis, udlåner frysere »gratis« (dvs. uden noget direkte gebyr) til detailhandleren og på grundlag af fryseraftaler, ifølge hvilke detailhandleren forpligter sig til udelukkende at anvende fryserne til opbevaring af leverandørens produkter (frysereksklusivitet); dette illustreres i nedenstående detaljerede markedsundersøgelse (jf, betragtning 90 og 91). Leverandøren tilbyder normalt en vedligeholdelsesservice for fryserne, som ligeledes er »gratis« (uden noget direkte gebyr). Producenterne leverer ofte de fleste af deres produkter direkte, herunder via agenter, til detailhandlerne uden at sælge til uafhængige mellemmænd; grossistvirksomhed i issektoren har et meget begrænset omfang i Irland.

(55) Indtil HB skaffede sig af med en del af sine frysere i 1996 (jf. betragtning 72 og 73), synes der at have været meget få detailhandlerejede frysere i Irland til opbevaring og salg af impulsisprodukter, således som det fremgår af markedsundersøgelsen (se betragtning 85 ff).

6. *HB's distributionsordninger for impulsis i Irland*

i) **Generelt**

(56) HB arbejder med et direkte distributionssystem til 80 % af virksomhedens issalgssteder i Irland. Der leveres direkte til fryseren, hvad enten den ejes af HB eller ikke. HB har regionale depoter, hvorfra de lokale leverancer udgår i virksomhedens egne kølevogne. De resterende 20 % af HB's salgssteder modtager leverancer fra otte forskellige lokale agenter, som distribuerer på HB's vegne; ordningerne med disse distributører går flere år tilbage i tiden til det tidspunkt, hvor HB havde logistiske vanskeligheder med at opnå geografisk dækning ved direkte distribution til alle salgssteder. På det irske marked har kun HB et landsdækkende, vertikalt integreret distributionsnet.

(57) HB yder omsætningsrelaterede rabatter i forbindelse med køb af virksomhedens is (gælder ikke for softiceblanding). Disse ydes efter en gradueret skala, der går fra 2 % rabat ved køb for 1 350—2 750 IEP til 11 % rabat ved køb for 26 601 IEP eller derover (1997). Disse rabatter ydes til alle detailhandlere, der sælger HB's is, uanset spørgsmålet om ejendomsretten til fryseren.

ii) **Tilrådighedsstillelse af frysere**

a) *HB-eksklusive frysere*

(58) HB har i mange år stillet frysere til rådighed for detailhandlere til opbevaring og udstilling af impulsis på salgsstedet [17]. Fryseren udlånes enten

[17] Det er også tilladt at opbevare HB's take home-isprodukter.

til detailhandleren uden noget direkte gebyr (jf. betragtning 76-79) eller udlejes for en nominel årlig leje (1 IEP), som ikke opkræves. HB sørger også for vedligeholdelse og reparation af fryserne. HB stiller ikke softicemaskiner til rådighed for detailhandlerne.

(59) Fryseren leveres i henhold til en standardaftale mellem HB og detailhandleren; de vigtigste bestemmelser i fryseraftalen er følgende:

— HB stiller en fryser til detailhandlerens rådighed; HB bevarer ejendomsretten til fryseren, og HB forpligter sig til at vedligeholde og reparere den for egen regning (undtagen hvis en opstået skade skyldes, at detailhandleren har misbruget eller forsømt fryseren)

— fryseren skal udelukkende anvendes til opbevaring af produkter, der er beregnet til salg, og som leveres af HB; fra fryseren må der derfor ikke sælges eller udbydes noget produkt, som er fremstillet eller leveret af tredjepart, og det må heller ikke opbevares i den

— aftalen kan opsiges til enhver tid af begge parter med to måneders varsel [18]

— detailhandleren forpligter sig til at anbringe fryseren på et iøjnefaldende sted i forretningen. Kun HB's reklamemateriale må udstilles oven på eller på siderne af den.

(60) HB har indgået sådanne fryseraftaler (dvs. med en eksklusivitetsklausul) med 7 907 detailhandlere (1997). Ifølge HB fordeler fryseraftalerne sig således:

	1995	1996 [1]	1997
Købmandsforretninger	10 224	8 420	8 315
TSN	1 749	1 440	1 410
Servicestationer	1 170	951	925
Andre forretninger	323	487	500
I alt	13 453	11 298	11 150

[1] Disse tal afspejler situationen i september 1996 og tager hensyn til de frysere, HB skilte sig af med i 1995 og 1996 (jf. betragtning 72 og 73).

(61) HB har i øjeblikket (1997) [. . .] frysere opstillet i forretninger i Irland som »front of shop«-frysere (dvs. i den forreste del af forretningen) [19]. I 1995 afsatte HB for [. . .] IEP i forretninger med HB-fryseraftaler, hvilket svarer til ca. [. . . mere end 95 % . . .] af den samlede mængde impulsis, HB solgte i Irland i det år (jf. betragtning 27). I 1994 afsatte HB for [. . .] IEP i forretninger med HB-fryseraftaler, hvilket også svarede til ca. [. . . mere end 95 % . . .] af den samlede mængde impulsis, som HB solgte i Irland i det år.

(62) Det har ikke været HB's officielle politik at levere en fryser til enhver forretning, der tilbyder at have is på lager. I stedet gælder der både finansielle kriterier og handelskriterier [20]. De finansielle kriterier er baseret på HB's marginalomkostninger i forbindelse med antagelsen af en ny forretning samt et acceptabelt afkast af denne investering. Dette indebærer derfor en vurdering af a) nettoomkostningerne for HB i forbindelse med fryseren og b) HB's variable fortjeneste på det tilhørende issalg gennem forretningen. Handelskriterierne er udtrykt som et årligt salgsmål, baseret på en minimal anslået omsætning i den pågældende forretning.

(63) Der kan opnås store samlede besparelser, når HB — i modsætning til individuelle detailhandlere eller endog store indkøbsgrupper — afholder udgifterne i forbindelse med køb og vedligeholdelse af frysere. Som medlem af Unilever-koncernen (som køber et meget stort antal frysere hvert år) opnår HB betydelige rabatter i forbindelse med sådanne store køb. Som eksempel kan det anføres, at HB anslår, at kapitaludgifterne (herunder levering, oplagring, håndtering osv.) for en detailhandler ved køb af en normal fryser på 1 m vil ligge langt over HB's kapitaludgifter i forbindelse med anskaffelse af samme fryser. HB benytter sine egne køleteknikere til vedligsholdelse og reparation af fryserne og benytter sig også af lokale selskabers tjenesteydelser. I 1994, 1995 og 1996 lå HB's udgifter til frysere (herunder køb, opstilling, vedligeholdelse, tilsyn og afskrivning) på henholdsvis [. . .] %, [. . .] % og [. . .] % af omsætningen inden for impulsis i hvert af de tre år.

[18] HB har imidlertid antydet, at det i praksis ikke vil forsøge at håndhæve kravet om to måneders varsel for detailhandlere, der ønsker at opsige aftalen med kortere varsel eller uden varsel.

[19] Nogle frysere er anbragt i den bageste del af forretningen til opbevaringsformål.

[20] HB har imidlertid anført, at det i praksis ikke altid vil håndhæve disse kriterier strengt som en nødvendig forudsætning for at modtage en HB-fryser.

(64) Den betydning, som Unilever-koncernen tillægger politikken med at levere frysere på betingelse af eksklusivitet, fremgik med stor tydelighed efter Mars' indtog på det europæiske marked i slutningen af 1980'erne. Nedenstående uddrag (betragtning 65-68) af virksomhedens dokumenter illustrerer, hvor vigtigt det var for Unilever at opretholde fryserekskusiviteten på det tidspunkt.

(65) I et dokument fra Unilever-koncernen af 3. september 1990 med titlen »Mars' position in Europe and the FPC[21] response« er et af de punkter, der fremføres under afsnittet om strategien, at »... der skal gøres *alt,* hvad der er muligt for at bevare fryserekskusiviteten«.

(66) I et andet FPC-dokument fra april 1989 med titlen »European Ice Cream Marketing Strategy« henvises der til betydningen af fryserekskusivitet med bevarelse af ejendomsretten til fryseren: »Vi må bevare *ejendomsretten til fryseren,* navnlig når distributionen foretages af tredjeparter, for — så vidt muligt gennem *eksklusivkontrakter* — at sikre, at der kun leveres et enkelt mærke til fryseren og, de facto, til forretningen«.

(67) Referat af »Marketing Managers Meeting« i Rotterdam (et FPC-dokument) i november 1989 indeholder følgende erklæringer: »HB har fået Mars reduceret til 400 HB-salgssteder (4,2 %) fra deres højdepunkt i august med 1 920 frysere (29,7 %) ved at oprette en Special Task Force ... I visse tilfælde har de [HB] været i stand til at købe Mars ud af salgsstederne. Omlægning til anden kølemulighed i forretningen og meget selektiv inddragelse af frysere benyttes også ...«. Under overskriften »Mars, What next?« hedder det, at »For at opnå stordriftsfordele i produktionen skal Mars opnå betydelige mængdemæssige stigninger. Den er nødt til at nedbryde distributionsbarrieren ... Den umiddelbare reaktion på Mars' indtrængen på markedet er at nægte dem adgang til distribution ...«.

(68) I et internet strategidokument fra Unilever med titlen »Frozen Products Coordination, Sales Directors Conference, June 1990, Vienna, Highlights and Follow-up Action« understreges betydningen af fryserekskusivitet. Under overskriften »Eksklusivitet« hedder det: »Vi ved kun alt for godt, at i mange lande er et af grundlagene for vores succes — *EKSKLUSIVITET* — nu truet:

— Eksklusivitet i forbindelse med koncessionshavere og distributører

— Eksklusivitet i forbindelse med forretningerne og fryserne«.

b) *Ændring af fryserpolitikken*

(69) På baggrund af Kommissionens klagepunktsmeddelelse af 29. juli 1993 (jf. betragtning 5) og efter drøftelser med Kommissionen, har HB ændret sine distributionsordninger. Disse er anmeldt til Kommissionen som en begæring om negativattest, subsidiært fritagelse (jf. betragtning 6). De ændrede ordninger omfatter standardaftalen, hvorefter HB fortsat efter anmodning stiller HB-eksklusive frysere til detailhandlernes rådighed, som netop beskrevet (jf. betragtning 58 og 59), samt HB's sædvanlige salgsbetingelser og rabatordning (jf. betragtning 57); disse indeholder nu en ny prisfastsættelsesordning for HB's isprodukter (se betragtning 76-79) og en afbetalingsordning (se betragtning 70 og 71), som er indført med det formål at gøre det lettere for detailhandlerne at erhverve frysere.

(70) Som et frivilligt alternativ til en HB-fryser ifølge standardaftalen har HB indført en afbetalingsordning for frysere, som skal sætte detailhandlerne i stand til at købe deres egen nye fryser. Disse tilbydes til den engrospris, som HB betalte for dem; denne pris vil fremgår af en faktura fra den selvstændige fryserleverandør. Ifølge ordningen tilbydes detailhandlerne en såkaldt »visi-top«-fryser på 1 m, som kan leveres i ét eksemplar pr. forretning på et hvilket som helst tidspunkt. Ordningen er nærmere beskrevet i HB's prislister og alt relevant reklamemateriale. Afdragene betales over en periode på højst fem år; detailhandleren er underrettet om betingelserne for førtidig afbetaling uden bøde. Kreditten ydes til den gældende sats for afbetalingskøb i Irland[22]. Det er kun i afbeta-

[21] Frozen Products Coordination.

[22] Den fastsættes efter objektive kriterier — f.eks. Bank of Irelands udlånssats for mindre virksomheder.

lingsperioden, at fryseren udelukkende må anvendes til opbevaring af HB's produkter. Unilever sørger for vedligeholdelse i hele afbetalingsperioden, hvorunder afbetalingskøberne er berettiget til det faste beløb i forbindelse med den differentierede prisfastsættelse (se betragtning 76-79), med fradrag af vedligeholdelsen ([23]).

(71) Unilever meddelte Kommissionen, at den mente, at ordningen ville »være fordelagtig for detailhandlerne og tilskynde dem til at købe deres egne frysere«. Siden indførelsen af afbetalingsordningen i Irland i begyndelsen af 1995 er der ikke en eneste detailhandler, der har benyttet sig af tilbuddet.

(72) Som et middel til på kortere sigt at frigøre et større antal forretninger har Unilever over for Kommissionen afgivet tilsagn om at sælge en in situ »front of shop«-fryser med »tilstrækkelig restlevetid« til detailhandlerne i et stort antal (ca. 20 %) af de forretninger, hvor Unilevers frysere på det tidspunkt (december 1994) var opstillet; der skulle i alt sælges 1 750 frysere. Der måtte ikke blive solgt mere end 400 sådanne frysere i forretninger med en årlig omsætning inden for HB-impulsis på under 650 IEP, og der måtte ikke sælges nogen i forretninger med en omsætning på under 400 IEP om året inden for disse produkter. Fra salgsøjeblikket var en detailhandler berettiget til et årligt fast beløb i henhold til den differentierede prisfastsættelsesordning (se betragtning 76-79). Der skulle ske salg til detailhandlere, som var i besiddelse af en enkelt HB-fryser. Prisen skulle fastsættes på et niveau, der kunne sikre, at disse resultater blev nået. Salget skulle ske i én større operation i 1995 og 1996; salget skulle ske med lige store dele i 1995 og 1996, og der skulle sikres en rimelig geografisk spredning. Hensigten med salget af fryserne var at sætte gang i (»kick start«) en udvikling, hvor fryserne ejes af detailhandlerne. Unilever anførte, at virkningen af foranstaltningen ville være »at der i sæsonen 1995 ville ske en synlig og væsentlig ændring af det relevante marked. Dette skulle kunne sætte gang i (»kick start«) processen, hvis fremtidige forløb garanteres af den dobbelte prisstruktur og afbetalingsordningen«.

([23]) Vedligeholdelsesomkostningerne blev beregnet til [. . .] IEP i 1995, og det beløb, der udbetaltes til afbetalingskøberne, udgjorde således [. . .] IEP om året i det år. HB måtte være fleksibel med hensyn til betaling af bonus til dem, der valgte afbetalingskøb i løbet af 1995.

(73) I overensstemmelse med dette tilsagn har HB afhændet [. . .] frysere i [. . .] forretninger siden begyndelsen af 1995; næsten alle disse frysere blev afhændet i første halvår af 1996 ([24]), [. . .]. Ifølge HB er 1 750 frysere blevet afhændet i overensstemmelse med de betingelser, der er anført under betragtning 72. Næsten alle de afhændede frysere var af en model eller type, som HB ikke har nyinstalleret i forretninger i det mindste i de seneste [. . .] år. Gennemsnitsalderen for de afhændede frysere ligger lige under [. . .] år ([25]). Ikke alle de afhændede frysere var opstillet i detailforretninger; nogle ([. . .] ifølge HB) var opstillet i skoler, personalekantiner, svømmehaller o.lign. Over [. . .] kunder erhvervede mere end én fryser under afhændelsesordningen. HB koncentrerede afhændelserne om de såkaldt mindre forretninger. Ifølge HB ligger den samlede omsætning inden for impulsis i alle de forretninger, der har erhvervet en fryser på denne måde, på ca. [. . .] IEP.

c) *Nylige fryseropstillinger og produktudbredelse*

(74) I 1994 intensiverede HB moderniseringen af beholdningen af frysere og udskiftede mange af de ældre modeller ([26]). I 1993 blev der opstillet [. . .] nye frysere i forretningerne, i 1994 lå tallet på [. . .], i 1995 på [. . .] og i 1996 frem til august måned [. . .]. De nye frysere optager som helhed mere gulvplads i detailforretningerne (selv om de i nogle tilfælde er mindre i omfang), ikke blot fordi de er større i areal, men også fordi mange er fritsående frysere, som ikke bør stå op at andet fast inventar eller væggen i forretningen. HB taler om et ændret mønster i beholdningen af frysere, som det forbinder med »den fritstående frysermodels stadig større popularitet, hovedsagelig på bekostning af Visitop- og Closed Top-modellerne«, en gradvis stigning i andelen af frysere med

([24]) Der blev kun solgt [. . .] i 1995, og de fleste af disse blev solgt i årets sidste del.

([25]) HB anslår den gennemsnitlige levetid for en fryser til ti år; fryserne afskrives af HB efter otte år.

([26]) HB anfører, at det »gennemførte et program, der skulle fastholde HB-mærkets image og HB-produkternes synlighed bl.a. ved at udskifte ældre frysere med mere moderne enheder«; Mars oplyser, at »Unilever gennemførte et usædvanligt fryserudskiftningsprogram i 1994 og 1995; en sammenligning af de to Rosslyn-undersøgelser viser, at udskiftningstallet for 1994/95 udgjorde mere end 230 % af tallet for 1990/91«. Mars oplyser videre, at »de nye Unilever-frysere er alle større end dem, de erstatter (undtagen en enkelt type, som ikke er placeret ret mange steder)«.

en længde på over en meter« og »en gradvis reduktion i frysernes generelle størrelse med hensyn til længde, bredde og højde«. Ifølge HB forklares disse mønstre ved »to hovedfaktorer«: »i) nedgangen i andelen af samlede udsalgssteder, der repræsenteres af TSN og små selvstændige købmænd, betyder, at andelen af det samlede antal frysere, der repræsenteres af Visitop-fryseren på en meter, som er typisk for sådanne forretninger, har udvist et tilsvarende fald, og ii) producenternes indførelse af nye frysere, der er designet til at være mere brugervenlige over for selvbetjeningskunden og i den forbindelse er længere og ikke så dyb«.

(75) Mars påpeger, at »Unilevers generelle produktudbredelse og udvidelse af udvalget har til formål at fylde disse frysere . . ., således at detailhandlerne kan overbevises om, at de får et »komplet udvalg« af isprodukter og derfor ikke behøver at sælge konkurrerende producenters produkter«.

d) *Prisfastsættelsesordninger*

(76) Indtil marts 1995 leverede HB sine isprodukter og frysere til en såkaldt »samlet« pris. Denne pris indbefattede kapitaludgifterne i forbindelse med fryseren, vedligeholdelsesudgifterne og værdien af isprodukterne. Alle detailhandlere skulle betale samme pris uanset ejendomsretten til fryserne, hvor produkterne opbevares. En detailforretning med egen fryser betalte således samme pris for HB-is som en detailhandler, der tog imod tilbuddet om en HB-fryser. I klagepunktsmeddelelsen fra 1993 (jf. betragtning 5) drog Kommissionen den foreløbige konklusion, at denne prisfastsættelsespolitik var i strid med EF-traktatens artikel 86, idet den diskriminerede mod detailhandlere, som ikke havde taget imod en HB-fryser, men som ikke desto mindre købte HB-is. Kommissionen konkluderede foreløbigt, at politikken med samlet prisfastsættelse ikke blot tjente som tilskyndelse til at indrømme eksklusivitet — til skade for konkurrerende leverandører af impulsis — men at den også gav anledning til diskriminering mellem handelspartnere, idet forskelligartede situationer blev behandlet ensartet. Detailhandlere med egne frysere betalte faktisk for en tjenesteydelse, som de ikke modtog, og blev herved tvunget til at medvirke til at betale for indkøb af frysere til dem, der tog imod HB's frysere; førstnævnte detailhandlere blev derved ringere stillet i konkurrencen i forhold til sidstnævnte.

(77) Som følge af Kommissionens indsigelse opgav HB politikken med »samlet« prisfastsættelse i 1995 og indførte en såkaldt »differentieret« eller »dobbelt« prisfastsættelsesordning. Ifølge ordningen kan der betales et fast beløb til detailhandlere, der fører HB-is, men som ikke ønsker en HB-fryser, forudsat at de har en årsomsætning i HB-is (salg fra forretningen) på mindst 650 IEP (bruttosalgsværdi). Dette faste beløb udgør i øjeblikket 78 IEP om året og afspejler de besparelser med hensyn til indkøb og vedligeholdelse, som HB opnår ved ikke at skulle levere og vedligeholde en standardfryser på en meter hos detailhandleren. Tærsklen for detailomsætningen er fastsat til et beløb, der ifølge HB gør det muligt at sikre et mindsteafkast på salg af is til en detailhandler.

(78) Unilever oplyste, at den nye ordning var »beregnet til at fjerne ethvert økonomisk incitament for detailhandleren til at tage imod HB-fryseren«. Unilever anførte videre, at ordningen ville »have en betydelig indvirkning på den påståede afskærmning af markedet, efterhånden som flere detailhandlere indser, at bonusen kan finansiere indkøb af egen fryser«.

(79) Ordningen har været i kraft siden begyndelsen af 1995, og dens betingelser er anført i alle HB-prislister; i 1995 skulle detailhandlere, der har egne frysere i en del af året, modtage en delvis bonus. Det faste beløb kan justeres med regelmæssige mellemrum, således at det afspejler eventuelle ændringer i HB's omkostninger. På samme måde kan tærskelbeløbet for omsætningen også blive ændret fra tid til anden. Alle ændringer skal gennemføres på en gennemsigtig måde. I marts/april 1996 var [. . .]detailhandlere berettiget til og modtog bonus i forbindelse med den dobbelte prisfastsættelse vedrørende køb af impulsis hos HB i 1995. I 1997 var [. . .] detailhandlere berettiget til og modtog bonus i forbindelse med den dobbelte prisfastsættelse vedrørende køb af impulsis hos HB i 1996.

7. ***Andre producenters distributionsordninger for impulsis i Irland***

i) **Mars og Valley**

(80) I 1989 udpegede Mars Valley til at distribuere Mars' nyudviklede isprodukter. Forud for det

foreløbige forbud, som den irske High Court nedlagde mod Mars i 1991 (jf. betragtning 3), havde nogle detailhandlere også anbragt Mars' produkter i HB-ejede frysere. Oprindelig leverede Mars til Valley, som derefter leverede Mars' produkter til Valley- eller Mars-ejede frysere samt til frysere indkøbt af Mars og Valley i fællesskab. Mars har imidlertid i et vist omfang distribueret direkte siden 1993. Efter at High Courts dom i 1992 gjorde forbuddet mod Mars permanent, ændrede Mars og Valley deres fryseraftaler, således at de blev leverandøreksklusive. Mars oplyser, at dets »samlede udgifter til frysere alene i 1994 udgjorde 22 % af dets omsætning inden for impulsis« i det år. I marts 1997 opsagde Mars sin distributionsordning med Valley.

ii) **Nestlé**

(81) Siden Nestlé kom ind på det irske impulsismarked i 1994, har det opstillet frysere i detailforretninger på betingelse af eksklusivitet. Nestlé distribuerer sin is i Irland udelukkende via distributører. Da Nestlé kom ind på ismarkedet i 1994, indgik det en samarbejdsaftale med Leadmore om distributionen; denne blev ikke videreført efter den første issæson.

iii) **Dale Farm**

(82) Dale Farm udlåner frysere gratis til detailforretninger udelukkende til opbevaring af Dale Farm-is, Mars-is og andre frosne fødevarer fra Northern Foods.

iv) **Häagen Dazs**

(83) Häagen Dazs opstiller frysere i detailforretninger til opbevaring af sine impuls- og andre isprodukter; fryserne er hovedsagelig små og omfattet af en eksklusivitetsklausul. Alle virksomhedens isprodukter sælges via distributører.

v) **Leadmore**

(84) Leadmore leverer frysere til detailforretninger på betingelse af eksklusivitet.

8. ***Markedsundersøgelse og opgørelse af virkningerne af afskærmningen af markedet***

(85) Der bør først fremsættes en generel bemærkning i relation til markedsundersøgelser: der er altid en vis fejlmargen, når dataene fås ved kun at undersøge et udsnit af hele det pågældende marked, hvor repræsentativt dette udsnit end er. Det er imidlertid den eneste effektive og overkommelige metode til at indhente mange forskellige slags markedsoplysninger. Pålideligheden af sådanne data kan endvidere øges betydeligt, når mere end én undersøgelse af et bestemt marked i høj grad bekræfter de andres resultater, således som det er tilfældet med de tre markedsundersøgelser, der beskrives nedenfor.

(86) Medens HB anerkender, at der er en høj grad af overensstemmelse mellem resultaterne af Lansdowne- og B&A-undersøgelserne, kritiserer det repræsentativiteten af Rosslyn-undersøgelsen for at være »baseret på et gensyn med forretninger, der blev undersøgt ca. fem år tidligere« i en tilsvarende undersøgelse, som skulle være »baseret på et tilfældigt udvalg uden noget forsøg på lagdeling« efter forretningstype og -størrelse. Efter HB's mening tenderer Rosslyn-undersøgelsen »uforholdsmæssigt meget mod TSN på bekostning af selvstændige købsmandsforretninger« i modsætning til Lansdowne- og B&A-undersøgelserne, som er lagdelt i overensstemmelse med det såkaldte Nielsen-univers af forretninger. Det er også den eneste af de tre undersøgelser, der er gennemført, inden HB afhændede nogle af sine frysere i forbindelse med den såkaldte »kick start«-ordning. Kommissionen har taget hensyn til denne kritik for så vidt angår pålideligheden af denne undersøgelse. Kommissionen har endvidere bemærket, at B&A-undersøgelsen er vægtet betydelig mere hen imod store forretninger end de to andre undersøgelser.

i) **Lansdowne-undersøgelsen**

(87) Undersøgelsen blev udført på Kommissionens vegne af Lansdowne Market Research Limited i juli/august 1996, hvor issæsonen var på sit højeste. Der blev tilfældigt udvalgt 501 forretninger, og det blev sikret, at dette udvalg ville være repræsenta-

tivt for den relevante del af detailhandelen ([27]). Det blev sikret, at der var geografisk spredning, herunder en klar opdeling mellem by og land. Dataene blev opnået ved direkte interviews med ejere/ledere i alle forretninger. De vigtigste resultater af undersøgelsen er anført nedenfor.

(88) 84 % af alle frysere i de undersøgte forretninger var ejet af en isproducent/-leverandør: 61 % af alle leverandørfrysere var ejet af HB ([28]), 11 % af Mars, 9 % af Valley, 8 % af Nestlé, 4 % af Dale Farm ([29]), 2 % af Leadmore og 1 % af Häagen Dazs.

(89) 12 % af alle frysere viste sig at være ejet af detailhandlerne, 2 % var købt på afbetaling hos en isproducent, og 1 % var ejet af en detailgruppe. 38 % af de detailhandlerejede frysere var købt hos HB/HB-agenter.

(90) Andelen af forretninger med kun én fryser til impulsis var 58 %, andelen med to sådanne frysere var 35 %, og andelen med tre eller flere var 7 %. Det gennemsnitlige antal frysere pr. forretning var 1,50.

(91) 85 % af alle forretninger, der sælger impulsis, havde mindst én fryser fra leverandøren, 72 % ([30]) havde mindst én HB-fryser, 14 % havde mindst én Mars-fryser, 10 % fra Nestlé, 10 % Valley, 5 % ([31]) Dale Farm, 2 % Leadmore, 1 % Häagen Dazs og 5 % fra andre leverandører. 17 % af alle forretninger havde mindst én fryser, som var ejet af detailhandleren selv.

(92) 56 % af alle forretninger havde en eller flere frysere fra kun én producent/leverandør (og er derfor kun i stand til at sælge isprodukter fra denne ene producent/leverandør), 27 % havde frysere, som ejes af mere end én producent/leverandør (og ingen detailhandlerejede frysere). Følgelig har 83 % af alle forretninger kun frysere fra producenterne eller leverandørerne. 17 % af alle forretninger havde mindst én fryser, som var ejet af detailhandleren selv — disse 17 % består af 12 % af alle forretninger, som udelukkende har en eller flere detailhandlerejede frysere og 5 % af alle forretninger, som har en eller flere detailhandlerejede frysere samt en eller flere producent-/leverandørejede frysere.

(93) Disse oplysninger blev også opdelt efter hver enkelt af de undersøgte forretningers omsætning inden for impulsis. Der var tre kategorier: i) forretninger med en omsætning på under 1 000 IEP (22 % af forretningerne), ii) forretninger med en omsætning på mellem 1 000 og 2 000 IEP (23 % af forretningerne) og iii) forretninger med en omsætning på 2 000 IEP eller derover (40 % af forretningerne) ([32]). 28 % af forretningerne i kategori i) havde mindst én fryser, der var ejet af detailhandleren selv (22 % havde kun en eller flere detailhandlerejede frysere, 6 % havde en eller flere detailhandlerejede frysere samt en eller flere frysere ejet af producent eller leverandør); 19 % af forretningerne i kategori ii) havde mindst én fryser, der var ejet af detailhandleren selv (15 % havde kun en eller flere detailhandlerejede frysere, 4 % havde en eller flere detailhandlerejede frysere samt en eller flere frysere ejet af producent eller leverandør); kun 10 % af forretningerne i kategori iii) havde imidlertid mindst én fryser, der var ejet af detailhandleren selv (4 % havde kun en eller flere detailhandlerejede frysere, 6 % havde en eller flere detailhandlerejede frysere samt en eller flere frysere ejet af producent eller leverandør). 58 % af forretningerne i kategori i) og ii) havde en eller flere frysere fra en enkelt producent/leverandør (og er derfor kun i stand til at sælge isprodukter fra denne ene producent/leverandør); 53 % af forretningerne i kategori iii) er kun i stand til at sælge isprodukter fra denne ene producent/leverandør.

([27]) 68 % af de udvalgte forretninger var købsmandsforretninger/dagligvarebutikker, 21 % var TSN, 11 % var servicestationer. Kædeforretninger var ikke medtaget. 92 % af de udvalgte forretninger var selvstændige; ydeligere 6 % var en del af en kæde (symbolgruppe).

([28]) Omfatter frysere ejet af HB's agenter.

([29]) Omfatter frysere ejet af Dale Farm-agenter.

([30]) Omfatter 2 % (af alle forretninger), hvor fryserne ejes af HB-agenter.

([31]) Omfatter 1 % (af alle forretninger), hvor frysere ejes af Dale Farm-agenter.

([32]) 15 % af forretningerne nægtede at oplyse deres omsætning.

(94) 95 % af HB's frysere befinder sig i forretninger, der kun har producentleverede frysere; 58 % af HB's frysere befinder sig i forretninger, hvor der kun er placeret HB-frysere. Størrelsen af salget af impulsis i forretninger i sidstnævnte forretningskategori er næsten identisk med salget i enhver forretning med HB-fryser.

(95) 47 % af alle forretninger er kun i stand til at sælge isprodukter fra en enkelt producent/leverandør, med blot en enkelt fryser i hver forretning; 8 % er kun i stand til at sælge isprodukter fra en enkelt producent/leverandør, med kun to frysere. 41 % af alle forretninger er kun i stand til at sælge HB's isprodukter — 35 % med kun én HB-fryser, 6 % med to eller flere HB-frysere. 15 % af forretningerne er kun i stand til at sælge isprodukter fra en enkelt producent/leverandør foruden HB. Ingen af disse andre mærker er betydningsfulde for så vidt angår antallet af forretninger, der er bundet til udelukkende at sælge dets produkter.

(96) De undersøgte fryseres gennemsnitlige alder var 3,02 år; for detailhandlerejede fryseres vedkommende var gennemsnitsalderen 4,59 år, for HB-frysere var den 2,92 år, for Mars-frysere 2,06, for Valley-frysere 3,53 og for Nestlé-frysere 1,65 år. Detailhandlerne var ude af stand til at bestemme alderen på en ud af seks af de undersøgte frysere.

(97) Da detailhandlerne blev spurgt, om det ville være rentabelt for dem at afsætte yderligere plads til endnu en fryser til impulsis, svarede 87 % af alle forretninger, at det ikke ville, medens 11 % sagde, at det ville. 53 % af alle forretninger mente, at én fryser ville være det optimale fryserantal i forretningen i sommersæsonen (issæsonen), 36 % sagde, at to ville være optimalt, 8 % sagde tre, og 1 % fire eller mere. Det gennemsnitlige optimale tal var 1,57. Lansdowne har bemærket, at »det er klart, at det nuværende antal frysere i detailforretningerne rundt omkring i landet anses for at ligge tæt på det maksimalt rentable«.

(98) 97 % af de undersøgte frysere stod permanent i forretningen (dvs. de var ikke blot sat frem med henblik på sommersæsonen). 87 % af alle forretninger sagde, at de aldrig placerede ekstra frysere i forretningen for at klare den øgede efterspørgsel om sommeren, 6 % sagde, at de somme tider gjorde, og yderlige 6 % sagde, de altid gjorde.

(99) 90 % af alle undersøgte frysere anvendes udelukkende til opbevaring af is (50 % anvendes kun til opbevaring af impulsprodukter, 40 % til opbevaring af både impuls- og ikke-impulsprodukter); 94 % af alle undersøgte producentejede frysere anvendes udelukkende til opbevaring af is (54 % anvendes kun til opbevaring af impulsprodukter, 40 % til opbevaring af både impuls- og ikke-impulsprodukter); kun 67 % af alle undersøgte detailhandlerejede frysere anvendes imidlertid udelukkende til opbevaring af is (26 % anvendes kun til opbevaring af impulsprodukter, 41 % til opbevaring af både impuls- og ikke-impulsprodukter, 34 % til opbevaring af både is og andre produkter end is).

(100) De detailhandlere, der ikke ejede en eller flere frysere, blev bedt om at angive grunden hertil. 54 % oplyste, at det ikke kunne betale sig, 25 %, at det var forbundet med alt for høje omkostninger, 9 % sagde, at der kun var efterspørgsel efter et enkelt ismærke, og 4 % sagde, at det var upraktisk.

(101) Alle detailhandlere, som ikke ejede deres egne frysere eller ikke allerede havde købt en fryser på afbetaling hos HB, blev spurgt, om HB's afbetalingsordning interesserede dem. 8 % sagde, at den gjorde, medens 78 % ikke var interesseret. 54 % sagde, at de slet ikke var interesseret, 24 % sagde, at de ikke var særlig interesseret, 5 % var ligeglade, 6 % var ret interesseret og 2 % meget interesseret. Den vigtigste grund til denne manglende interesse var tilfredshed med de eksisterende fryseordninger.

(102) Alle forretninger, der kun er i stand til at sælge HB's isprodukter, blev spurgt, om der var efterspørgsel efter andre mærker end HB: 53 % svarede, at der ikke var nogen efterspørgsel, og 40 % svarede, at der var efterspørgsel (31 % angav mindre efterspørgsel, 9 % stor efterspørgsel). Den samme kategori af forretninger blev endvidere spurgt, om de var interesseret i at føre andre

mærker end HB: 62 % ([33]) sagde, at de ikke var interesseret (32 % ([34]) slet ikke interesseret, 30 % ([35]) ikke særlig interesseret); 9 % var ligeglade; 25 % ([36]) var interesseret (17 % ([37]) ret interesseret, 8 % ([38]) meget interesseret).

(103) Ud af dem, der var interesseret i at føre andre mærker end HB (25 % af 41 % af alle forretninger — dvs. 10 % af alle forretninger), sagde 53 %, at de ikke ville være indstillet på at opstille en ekstra fryser til opbevaring af sådanne mærker; 40 % sagde, at de ville være villige til at gøre dette. Næsten alle dem, der ikke var villige, angav pladsproblemer som den vigtigste grund. Et flertal af dem, der var villige til at opstille endnu en fryser, gav udtryk for, at de foretrak en fryser med leverandøreksklusivitet.

(104) De, der var interesseret i at føre andre mærker end HB, blev desuden spurgt, om de ville være villige til at udskifte/bytte en af deres eksisterende HB-frysere med en fra en anden isleverandør. 82 % sagde, at de ikke var villige til at gøre dette, medens 11 % sagde, at de var. De vigtigste grunde til denne modvilje mod at udskifte HB's frysere var HB's popularitet og førerstilling samt tilfredshed med den eksisterende ordning. Den samme gruppe blev endvidere spurgt, om de ville være villige til at udskifte/bytte en af deres eksisterende HB-frysere med en fryser lejet eller købt af detailhandleren selv. 76 % sagde, at de ikke ville være villige til det, medens 18 % sagde, at de ville. Tilfredshed med den eksisterende ordning og omkostningsmæssige overvejelser blev anført som de vigtigste grunde til den manglende vilje. Den samme gruppe blev endelig spurgt, om de ville være villige til at bytte en HB-fryser med to mindre frysere, hvoraf den ene ikke ejes af HB. 49 % sagde nej og 44 % ja.

ii) **Rosslyn-undersøgelsen**

(105) Mars bestilte også en undersøgelse af det irske impulsismarked. Undersøgelsen blev foretaget af det London-baserede Rosslyn Research Ltd ([39]), hvorimod det praktiske arbejde dog blev udført af det lokalt baserede Irish Marketing Surveys. Rosslyn-undersøgelsen omfatter 408 forretninger spredt geografisk over hele Irland og fordelt efter forretningsstørrelse og -type. Nogle af Rosslyn-undersøgelsens vigtigste resultater er angivet nedenfor, sammen med en række sammenlignelige tal fra Rosslyn-undersøgelsen fra 1991. På grundlag af resultaterne af denne undersøgelse bestilte Mars endvidere en økonomisk analyse, som ligeledes drøftes nedenfor.

(106) Andelen af forretninger med kun én »front of store«-fryser til impulsis var 64 % ([40]), andelen med to sådanne frysere var 31 % ([41]), andelen med tre eller flere var 4 % ([42]). Det gennemsnitlige antal frysere pr. forretning var 1,42 ([43]).

(107) 92 % ([44]) af fryserne var ejet af producenten af det produkt, der opbevaredes i dem. 6 % ([45]) af fryserne var ejet af detailhandleren selv. 64 % ([46]) af fryserne var ejet af HB ([47]), 14 % ([48]) af Mars, 4 % af Valley, 2 % af Dale Farm og 1 % af Leadmore.

(108) 50 % af forretningerne havde kun en HB-fryser; 5 % havde kun to HB-frysere, 2 % havde kun en Mars-fryser; 1 % havde hver kun en Valley-, Dale Farm- og Leadmore-fryser; 14 % havde en HB- og

([33]) I klagepunktsmeddelelsen var dette tal ved en fejltagelse anført som 65 % (et tal fra de foreløbige resultater af undersøgelsen); det fuldstændige resultat af undersøgelsen var vedlagt som bilag til klagepunktsmeddelelsen.
([34]) Ibid; i klagepunktsmeddelelsen fejlagtigt anført som 37 %.
([35]) Ibid; i klagepunktsmeddelelsen fejlagtigt anført som 28 %.
([36]) Ibid; i klagepunktsmeddelelsen fejlagtigt anført som 22 %.
([37]) Ibid; i klagepunktsmeddelelsen fejlagtigt anført som 16 %.
([38]) Ibid; i klagepunktsmeddelelsen fejlagtigt anført som 6 %.

([39]) I december 1991/januar 1992 foretog samme firma en næsten identisk undersøgelse for Mars, hvis resultater blev anført i Kommissionens klagepunktsmeddelelse af 29. juli 1993. Bortset fra 40 var det de samme forretninger som dem, der blev interviewet i 1991.
([40]) 79 % i 1991.
([41]) 20 % i 1991.
([42]) 1 % i 1991.
([43]) 1,22 i 1991.
([44]) 89 % i 1991.
([45]) 11 % i 1991.
([46]) 71 % i 1991.
([47]) 68 % af »back of shop«-frysere.
([48]) 1 % i 1991.

en Mars-fryser; 7 % havde en HB-fryser og en fra en anden producent end Mars.

(109) 97 % af de producentleverede frysere var udlånt af producenten; 99 % af disse var stillet gratis til rådighed; 88 % var stillet til rådighed med en eksklusivitetsklausul ([49]); 27 % ([50]) af detailhandlere med frysere fra producenter sagde, at de gerne ville føre andre producenters produkter i fryserne (68 % ([51]) var ikke interesseret).

(110) 87 % af detailhandlere med frysere med producenteksklusivitet ville være nødt til at opstille en ekstra fryser, hvis de ønskede at sælge et andet ismærke; heraf sagde 67 %, at de ikke »havde plads« til dette. Af dem, der sagde, at de havde plads, sagde 15 %, at de havde valgt ikke at opstille en, fordi »driftsomkostningerne ville være for høje«, og 13 %, fordi de kunne »udnytte pladsen bedre«; 43 % af dem med plads sagde, at de ville være villige til at opstille endnu en fryser, »hvis der var stor efterspørgsel efter endnu et produkt«.

(111) Af de frysere, der er blevet erstattet (returneret, byttet eller udskiftet) med en anden fryser fra den samme eller en anden isproducent i de foregående fem år, tilhørte 78 % HB; 55 % af fryserne blev returneret, byttet eller udskiftet for at blive erstattet med en mere moderne fryser; yderligere 25 % af disse blev returneret, byttet eller udskiftet for at blive erstattet af en større fryser; 74 % af de nye frysere tilhører HB; de returnerede, byttede eller udskiftede fryser blev næsten uden undtagelser erstattet med frysere fra samme producent — 214 af de 234 erstattede frysere var HB-frysere til erstatning af HB-frysere.

(112) 72 % af alle forretninger sagde, at de ikke ville være rede til at opstille en erstatningsfryser eller en ekstra fryser; ud af dem, der ville være villige til at gøre dette (26 % af de udvalgte forretninger), ville 82 % ikke være villige til selv at købe en fryser; 94 % ville ikke være villige til at låne en fryser på betingelse af eksklusivitet og mod afholdelse af udgifterne ved at stille fryseren til rådighed; 80 % ville ikke leje en ikke-eksklusiv fryser; 84 % ville imidlertid være rede til at låne en fryser gratis mod leverandøreksklusivitet. Da de samme 26 % af de udvalgte forretninger blev spurgt, om de kunne opstille endnu en fryser (foruden en anden fryser med leverandøreksklusivitet), sagde 77 %, at de ikke kunne; heraf anførte 51 % manglende plads og bedre pladsudnyttelse som begrundelse, medens 22 % sagde, at det ikke ville kunne betale sig som følge af driftsomkostningerne. Ud af dem, der sagde, at de kunne (20 % af 26 % af alle udvalgte forretninger), var kun 17 % villige til at gøre dette.

(113) Undersøgelsen blev foretaget i midten af april 1996. Kun 5 % af detailhandlerne havde fået tilbudt en fryser under »kick start«-afhændelsen, se betragtning 72 og 73. Kun 13 % af detailhandlerne havde kendskab til HB's afbetalingsordning.

(114) Den økonomiske analyse blev foretaget af økonomerne i firmaet Case Associates og har titlen »Estimating foreclosure levels in the Irish ice cream market«. Denne analyse har draget en række konklusioner af undersøgelsen. Analysen skulle bl.a. kunne beregne, hvilken andel af alle forretninger der er »afskærmet« i den forstand, at der må installeres en ny fryser, hvis en ny konkurrent skal kunne sælge sin is dér. Den konkluderer ved hjælp af en bestemt beregningsmåde, at mindst 89 % ([52]) af alle forretninger, der sælger impulsis, er afskærmet på denne måde. Ved hjælp af en alternativ beregningsmåde når analysen frem til en afskærmningsgrad (i den netop beskrevne betydning) på 84 % ([53]). En yderligere beregnings-

([49]) Da ingen leverandører synes at levere frysere uden eksklusivitetsbetingelser, er det højst sandsynligt, at de resterende 12 % også var omfattet af en eksklusivitetsklausul, som detailhandleren var uvidende om.

([50]) 52 % i 1991.

([51]) 44 % i 1991.

([52]) Beregningen er baseret på det forhold, at i de 408 udvalgte forretninger var ikke mere end 45 frysere stillet til rådighed af leverandøren (de var detailhandlerejet, »anden ejer« eller »ved ikke«) — hvis en forretning havde mere end én sådan fryser, ville afskærmningsgraden være endnu højere.

([53]) 234 forretninger havde kun en fryser fra leverandøren, 87 havde én HB-fryser og én anden leverandørfryser, 23 forretninger havde to HB-frysere: disse 344 forretninger repræsenterer 84 % af alle de udvalgte forretninger.

måde ansætter afskærmningsgraden endnu højere, nemlig 93 % ([54]).

iii) **B&A-undersøgelserne**

(115) HB bestilte desuden en markedsundersøgelse, der blev foretaget i august/september 1996 af markedsundersøgelsesinstituttet Behaviour and Attitudes Limited. Resultaterne af denne undersøgelse var indeholdt i HB's skriftlige svar på klagepunktsmeddelelsen. Til undersøgelsen blev der udvalgt 507 detailforretninger fordelt geografisk over hele Irland og med en spredning inden for forretningsstørrelse og -type ([55]). De vigtigste resultater af undersøgelsen er anført nedenfor.

(116) [. . .] % af de undersøgte forretninger havde én fryser i den forreste del af forretningen, [. . .] % to frysere og [. . .] % tre eller flere. HB's produkter blev solgt i [. . .] % af de undersøgte forretninger, Mars' i [. . .] %, Valleys i [. . .] %, Nestlés i [. . .] % og Häagen Dazs' i [. . .] %. [. . .] % af alle undersøgte forretninger førte ikke HB's isprodukter sammen med produkter fra en anden isproducent. HB oplever direkte konkurrence fra andre ismærker i [. . .] % af de undersøgte forretninger, mindre end [. . .] % af de forretninger, hvor dets produkter sælges.

(117) I forretningerne med kun en fryser var [. . .] % af disse HB-frysere, [. . .] % var Mars-frysere, [. . .] % Valley-frysere, [. . .] % Nestlé-frysere, og [. . .] % var detailhandlerfrysere. Ud af dem med to eller flere frysere havde [. . .] % mindst en HB-fryser, [. . .] % en Mars-fryser, [. . .] % en Valley-fryser, [. . .] % en Nestlé-fryser, [. . .] % en Häagen Dazs-fryser og [. . .] % en detailhandlerfryser. [. . .] % af alle undersøgte forretninger havde kun en enkelt HB-fryser i den forreste del af forretningen.

(118) B&A spurgte detailhandlerne, hvor ofte de blev bedt om mærker, de ikke førte. [. . .] % svarede, at de aldrig blev bedt om dem, [. . .] % sagde sjældent, [. . .] % engang imellem og [. . .] % ofte. Ud af dem, som på et eller andet tidspunkt var blevet bedt om mærker, de ikke førte, foretog [. . .] % sig ikke noget, [. . .] % »tilføjede en producent«, og ingen »skiftede producent«. Undersøgelsen viste, at i de foregående syv år havde [. . .] % af forretningerne på et eller andet tidspunkt ført nye ismærker, og at [. . .] % af forretningerne på et eller andet tidspunkt var holdt op med at føre ismærker; de vigtigste grunde hertil var manglende efterspørgsel blandt kunderne ([. . .] %), ringe leveringsforhold ([. . .] %) og dårlig vedligeholdelse af fryserne ([. . .] %).

(119) Detailhandlere med kun én fryser i deres forretning blev spurgt, om de var villige til at installere endnu en fryser — [. . .] % var ikke, [. . .] % var, og resten havde ikke taget stilling. Hovedårsagen til denne manglende vilje var pladsmangel. De samme forretninger blev også spurgt, om de var villige til at udskifte den eksisterende fryser — [. . .] % var ikke, [. . .] % var, og resten havde ikke taget stilling. Hovedårsagen til den manglende vilje var tilfredshed med den eksisterende leverandørs produktudvalg og fryser. De samme detailhandlere blev endvidere spurgt, om de ville være villige til at udskifte den eksisterende fryser med to mindre frysere — [. . .] % var ikke, [. . .] % var, og resten havde ikke taget stilling.

(120) Detailhandlerne blev spurgt, om de, såfremt producenterne ikke længere påbød frysereksklusivitet og i stedet opkrævede en særskilt fryserleje, ville føre et større udvalg — [. . .] % sagde, at de ville føre et større udvalg; [. . .] % sagde, at de ikke ville; [. . .] % sagde, at de ville føre samme udvalg; [. . .] % sagde, at de helt ville ophøre med at føre is. De [. . .] %, som regnede med, at de ville føre et større udvalg, blev endvidere spurgt, om de regnede med at ville købe/lease en fryser frem for at betale lejen — [. . .] % sagde, at de ville, [. . .] %, at de ikke ville. Endelig konstateredes det i B&A-

([54]) Denne beregningsmetode anvendtes af William Bishop, en økonom, som analyserede afskærmningsgraden på grundlag af Rosslyn-undersøgelsen fra 1991: metoden indebærer, at det samlede antal udvalgte forretninger divideres med det gennemsnitlige antal frysere i disse forretninger og derefter ganges med antallet af frysere ejet af detailhandlere og »andre«. Denne metode forudsætter, at de detailhandlerejede frysere må forventes at være fordelt i forretningerne i samme forhold som alle andre frysere.

([55]) 20 % var TSN; 63 % var købmandsforretninger, hvoraf 10 % var »symbol«-forretninger, 10 % var servicestationer; 7 % var andre forretninger. Kædeforretninger var ikke medtaget.

undersøgelsen, at detailhandlerne var meget tilfredse med alle isleverandørernes produktudvalg, leveringsordninger og vedligeholdelsesservice.

(121) Sammen med svaret på klagepunktsmeddelelsen fremlagde HB også en anden B&A-undersøgelse, som blev gennemført i 1994 og har titlen »New HB Cabinets: the Views of Retailers«. Denne undersøgelse blev gennemført med det formål at få kendskab til detailhandlernes og forbrugernes mening om nyinstallerede HB-frysere. Undersøgelsen var derfor rettet mod større forretninger, og som sådan er dens værdi i forbindelse med denne beslutning ret begrænset. Det konstateredes bl.a. i en undersøgelsen, at detailhandlerne på en række forskellige områder var mere tilfredse med HB end med andre isleverandører. Det blev endvidere konstateret, at detailhandlerne højst sandsynligt ikke vil synes om at få opstillet to HB-frysere i en forretning, og at hovedårsagerne hertil er pladsmangel og høje omkostninger.

(122) HB fremlagde endvidere sammen med svaret på klagepunktsmeddelelsen en »Qualitative Study« met titlen »Retailers' Stocking Policy«; denne undersøgelse var blevet foretaget af B&A for HB i marts/april 1997 på grundlag af 25 interviews. Formålet med undersøgelsen var »at få en vis kvalitativ indsigt i, hvordan detailhandlerne driver deres forretninger«, samtidig med at det dog erkendtes, at resultaterne kun kunne tages som »strømpile«. Undersøgelsen førte bl.a. til følgende resultater.

(123) De fleste af de interviewede detailhandlere »går ikke så vidt som til at beregne fortjenesten pr. kvadratfod«; de arbejder derimod snarere »på grundlag af deres eget instinktive overslag over denne beregning«. Der blev også givet udtryk for en vis bekymring over det forhold, at der ikke kan opbevares noget over fryserne; dette betyder, at »de for det meste er anbragt midt på gulvet«, hvilket »tydeligvis giver anledning til en vis bekymring over, at pladsen ikke udnyttes fuldt ud«. Detailhandlerne anførte også, at »hyppigere genopfyldning af en fryser med henblik på at maksimere omsætningen i sommermånederne« var bedre end at »opstille ekstra frysere for at klare efterspørgslen efter is midt om sommeren«. Undersøgelsen viste også, at der »ikke i stort omfang skete en omfordeling af pladsen med det formål at opfylde forbrugernes ændrede efterspørgsel, fordi forretningerne hovedsagelig er forholdsvis små«.

iv) **Andre leverandører**

(124) HB anslår (1997), at [. . .] forretninger er udstyret med en enkelt »front of store«-fryser fra HB, at næsten [. . .] forretninger har mere end én sådan fryser, og at ud af det samlede tal på [. . .] fører ca. [. . .] udelukkende HB's impulsprodukter. På grundlag af HB's overslag på [. . .] for det samlede antal forretninger (jf. betragtning 41) er [. . . mere end 40 % . . .] af alle detailforretninger i Irland i stand til udelukkende at sælge HB's impulsisprodukter.

(125) I et dokument med titlen »Sales of cabinets in situ«, som HB forelagde for Kommissionen den 29. november 1994, anførte HB, at det »har [. . .] forretninger inklusive agentforretninger. Heraf deles [. . .] (eller [. . .] %) med andre leverandører. Det samlede tal (Nielsen-univers) er 9 669 forretninger«. På dette grundlag var [. . .] forretninger (eller [. . .] % af HB's forretninger) udelukkende HB-forretninger på det tidspunkt; disse [. . .] forretninger udgør [. . . mere end 60 % . . .] af alle forretninger (baseret på Nielsen-universet).

9. *Ismarkedet i Nordirland*

(126) Strukturen i den nordirske isindustri adskiller sig betydeligt fra strukturen i den irske isindustri. Medens HB er den eneste Unilever-ejede isproducent i Irland, leverer både HB og Unilevers isdatterselskab i Det Forenede Kongerige, Walls Ice Cream Ltd, is i Nordirland. Walls sælger til kædeforretninger, medens HB nu først og fremmest sælger til traditionelle forretninger. Dale Farm var indtil for nylig den førende leverandør af isprodukter i Nordirland([56]), men siden 1996 har HB/Walls overtaget denne førerposition. Forbrugernes bevidsthed over for mærkerne svinger ikke desto mindre betydeligt fra Irland til Nordirland, således som det fremgår af det forhold, at Dale Farm fortsat sidder på en værdimæssig markedsandel på ca. 40 % (i modsætning til virksomhedens ubetydelige andel af det irske marked, jf. betragtning 36); priserne på de samme produkter er også i en vis grad forskellige.

([56]) Dale Farm fungerer som distributør for Mars i Nordirland.

(127) I Irland distribuerer HB normalt sine isprodukter direkte til detailhandlerne, medens det i Nordirland udelukkende benytter agenter til at distribuere produkterne. Med hensyn til fryserordninger i Nordirland afkræver HB detailhandlerne en årlig leje for lån af fryserne og benytter en prisreduktion for produkter, som det leverer til detailhandlere med egne frysere.

(128) Reglerne for det tilladte indhold i is er forskellige i Irland og Nordirland. I Irland skal is have et mælkefedtindhold på mindst 5 %, hvorimod den britiske lovgivning ikke indeholder et sådant krav. Momssatserne er også til en vis grad forskellige.

III. RETLIG VURDERING

(129) Formålet med denne retlige vurdering er at prøve foreneligheden med EF-traktatens artikel 85 og 86 af HB's ordninger for distribution af impulsisprodukter i Irland, hvorved forretninger, der fører HB's produkter, får stillet HB's frysere til rådighed på grundlag af frysereksklusivitet. Vurderingen af de pågældende eksklusivaftalers forenelighed med artikel 85 foretages i den juridiske og økonomiske sammenhæng, hvorunder de optræder ([57]).

A. ARTIKEL 85, STK. 1

1. *Det relevante marked*

i) Det relevante produktmarked

(130) Det relevante produktmarked omfatter i princippet alle varer, som på grund af deres karakteristika, pris eller formål anses for i rimeligt omfang at kunne erstatte hinanden ([58]). Benyttes disse kriterier, bør der i første omgang skelnes — i overensstemmelse med, hvordan isen fremstilles og distribueres — mellem industriis og hjemmelavet is (jf. betragtning 10); det er kun industriis, der forekommer i større omfang i Irland. For det andet bør der skelnes mellem følgende tre is ([59])-produktkategorier ([60]), som bestemmes af forbrugsstedet: impulsis, take home-is og cateringis (jf. betragtning 11).

(131) Is, som tilbydes forbrugeren som en del af cateringydelser, udgør et særskilt produktmarked ([61]). Dette marked består hovedsagelig ([62]) af industriis til kunder, der køber store mængder, som de f.eks. serverer som desserter; cateringvirksomheden forarbejder ofte isen yderligere.

(132) Som følge af produktets karakter er forbrugsstedet nødvendigvis af afgørende betydning, når det relevante marked skal fastslås. Eftersom is skal opbevares ved en lav temperatur, har en forbruger, der køber et sådant produkt i en detailforretning, hovedsagelig to muligheder for forbrug af produktet: den købte is kan enten konsumeres omgående på eller nær salgsstedet til opfyldelse af en pludselig indskydelse eller så hurtigt som muligt lægges i fryser, sandsynligvis i forbrugerens eget hjem, med henblik på senere forbrug. Denne skelnen på grundlag af forbrugerens formål med at købe isen afgør til gengæld forskellene i karakteristika og pris mellem impuls- og take home-produkter. Take home-produkter kommer normalt i form af blokke eller kager af is samt multipacks med enkeltartikler, hvorimod impulsprodukter uvægerligt sælges som enkeltartikler. Det er derfor klart, at impuls- og take home-is udgør særskilte og forskellige produktmarkeder ([63]).

([57]) Jf. sag 23/67, Haecht I, Sml. 1967, s. 415.
([58]) Sag 27/67, United Brands, Sml. 1978, s. 207, præmis 12.
([59]) Det er almindeligt anerkendt, at ikke-isprodukter ikke tilhører samme produktmarked(er) som is. Jf. Irish High Courts dom, se fodnote 4.
([60]) Som følge af de ubetydelige mængder hjemmelavet is, der sælges i Irland, et det ikke nødvendigt at skelne mellem den og industriis i forbindelse med denne vurdering. Al is, der henvises til, er industriis.
([61]) Sag C-234/89, Delimitis, Sml. 1991, s. I-935, præmis 17, sag T-7/93, Langnese, præmis 63, og sag 9/93, Schöller, præmis 42, Sml. 1995, s. II-1533, Sml. 1995, s. II-1611.
([62]) Enkeltemballerede artikler kan også anvendes til cateringformål.
([63]) Sag T-7 og 9/93, Langnese & Schöller, præmis 64-65 og 43-44.

(133) Set fra forbrugerens side kan enkeltemballerede artikler i rimeligt omfang anses for at kunne erstattes med enkeltportioner af »scooping«-is og med softice. Hvad angår softice, kan dette diskuteres, fordi produktet ikke indeholder mælk. Forbrugerens synspunkt er imidlertid ikke i alle tilfælde det eneste kriterium, der afgrænser et produktmarked; det er heller ikke tilstrækkeligt med en undersøgelse, som er begrænset til kun at omfatte de pågældende produkters objektive karakteristika. Der må også tages hensyn til konkurrencevilkårene og udbuds- og efterspørgselsstrukturen på markedet([64]). I forbindelse med impulsis skal der derfor skelnes yderligere som følge af de forskellige forhold, der gælder for produktionen og distributionen af disse kategorier af impulsis. Som følge af den marginale betydning af »scooping«-is i Irland er det ikke nødvendigt at medtage den i det relevante produktmarked. Softice sælges derimod i ret stort omfang i Irland.

(134) Enkeltemballerede isartikler indkøbes af detailhandelen i den form, hvori de videresælges til forbrugeren. De er specielt udformet til selvbetjening (jf. betragtning 12). For så vidt angår softice, sker der en værditilvækst hos detailhandleren, som må forarbejde softiceblandingen yderligere, før det endelige produkt kan serveres til forbrugeren. Den værditilvækst, der således skabes af detailhandleren, afspejles i generelt højere bruttoavancer for softice end i forbindelse med enkeltemballerede isartikler. Endvidere kræver denne is installationer, som adskiller sig fra de frysere, hvori enkeltemballerede isartikler opbevares. Hvad angår softice, skal der installeres særlige maskiner i forretningen til forarbejdning og servering af produktet. Der skal også tages hensyn til spørgsmålet om særligt personale (til kundebetjening og vedligeholdelse) og pladsforhold.

(135) Som følge af ovennævnte forskelle i betingelserne for distribution af softice og enkeltemballerede isartikler er de konkurrencebetingelser, hvorunder de tilbydes detailhandelen, klart forskellige. Med hensyn til produktionen er produkternes forskellige karakteristika (softice-mix i modsætning til is) og derfor den teknologi, der anvendes under deres fremstilling, en yderligere hindring for substitution på udbudssiden. Endvidere er emballerede artikler i høj grad karakteriseret ved mærkevarer, hvorimod softice normalt ikke har et mærke. Disse forskelle på udbudssiden illustreres ved det forhold, at producenterne af de to kategorier af is er forskellige (jf. betragtning 38): kun HB producerer begge typer, men dets markedsandel for softice er alligevel meget mindre end for emballerede artikler (jf. betragtning 27 og 38). De udgør derfor særskilte produktmarkeder.

(136) Selv om de to netop beskrevne kategorier blev anset for at udgøre et enkelt produktmarked, ville dette ikke påvirke denne vurdering i væsentlig grad. Grunden hertil er, at softice er af forholdsvis ringe betydning i forhold til værdien af impulsismarkedet som helhed. De forskellige produkters stilling på markedet vil derfor ikke blive væsentligt påvirket. Blandt producenterne af emballerede artikler vil HB's stilling nemlig blive mindst svækket ved tilføjelse af dets andel af softicemarkedet (jf. betragtning 38).

(137) Konkurrenceforholdene i ikke-detailkanaler (f.eks. skoler, virksomhedskantiner, sports- og fritidsfaciliteter) har ofte en række karakteristika, som adskiller sig fra de normale detailforretningers karakteristika, herunder især det forhold, at produkterne i mange tilfælde ikke sælges til offentligheden, men snarere til en lukket gruppe forbrugere. Der gælder ofte helt anderledes pladsmæssige overvejelser sådanne steder, og prisniveauet kan også variere. Impulssalget via sådanne ikke-detailsteder er imidlertid ret ubetydeligt, og det er derfor ikke nødvendigt at afgøre, om is solgt gennem sådanne salgssteder bør udelukkes fra det relevante marked. F.eks. angår kun 4 % af HB's fryseraftaler frysere, der er opstillet i ikke-detailsalgssteder af denne art (jf. betragtning 60).

(138) Det produktmarked, der er relevant for denne sag, omfatter derfor enkeltemballerede impulsisartikler. I det følgende omfatter enhver henvisning til »impulsis« kun sådanne enkeltemballerede artikler.

ii) **Det relevante geografiske marked**

(139) De objektive konkurrencebetingelser for udbud og efterspørgsel efter impulsis varierer betydeligt i de forskellige dele af Fællesskabet. Selv om produk-

([64]) Sag 322/81, Michelin, Sml. 1983, s. 3461, præmis 37.

tionen af industriis har vist en klar tendens hen imod internationalisering, organiseres distributionen stadig stort set på nationalt grundlag. Distributionsordninger, herunder fryseraftaler og tilsvarende kontrakter, hvor der indrømmes eksklusivitet, indgås på nationalt plan; dette gælder også for Irland. De særlige forhold i de enkelte lande afspejles i forskellige markedsstrukturer, produktudvalg og priser. Forbrugernes foretrukne produkttyper og -mærker kan også variere; dette skyldes til dels det forhold, at nogle isproducenter, som opererer i flere medlemsstater, har en politik med at anvende forskellige mærkenavne i forskellige lande (jf. betragtning 20), hvilket klart illustrerer markedernes nationale karakter. Endvidere er reglerne for fremstilling af is ikke harmoniseret på europæisk plan.

(140) Impulsismarkedet i Irland adskiller sig især fra markedet i Nordirland på flere vigtige områder som beskrevet under betragtning 126, 127 og 128. Konkurrencebetingelserne er derfor ikke tilstrækkelig homogene til, at producenter og leverandører behandler Irland og Nordirland som ét enkelt marked. Det relevante geografiske marked er følgelig Irland [65].

iii) **HB's stilling på det relevante marked**

(141) HB indtager en særdeles stærk stilling på markedet for enkeltemballerede impulsisartikler i Irland, således som det bl.a. fremgår af HB's markedsandel gennem mange år (jf. betragtning 28 og betragtning 255 ff). Denne stærke stilling illustreres yderligere ved den grad af både numerisk og vægtet distribution, HB's impulsprodukter har (jf. betragtning 46), samt af mærkets styrke, bredden af dets produktudvalg og produkternes popularitet (jf. betragtning 24 og 25). HB's stilling på impulsismarkedet styrkes yderligere af Unilevers stærke stilling, ikke blot på de øvrige ismarkeder i Irland (take home og catering), men også på de internationale ismarkeder og på markederne for frosne fødevarer og forbrugervarer som helhed.

2. ***Konkurrencebegrænsning***

(142) HB leverer frysere til detailhandlere på grundlag af standardfryseraftaler indeholdende bestemmelser, hvorefter fryserne skal anvendes udelukkende til opbevaring af produkter beregnet til salg, som leveres af HB (jf. betragtning 56); fra fryseren må der derfor ikke sælges eller udbydes noget produkt, som er fremstillet eller leveret af tredjepart, og det må heller ikke opbevares deri. Disse aftaler mellem HB og individuelle detailhandlere udgør aftaler mellem virksomheder i henhold til artikel 85, stk. 1. HB har indgået et kompleks af sådanne fryseraftaler angående frysere, der er opstillet i forretninger på hele det relevante geografiske marked.

(143) Disse kontraktbestemmelser bevirker, at de detailhandlere, med hvem kontrakterne er indgået, har begrænsede muligheder for at opbevare og udbyde impulsprodukter fra konkurrerende leverandører i deres forretninger under omstændigheder, hvor den eller de eneste frysere til opbevaring af impulsis i forretningen er leveret af HB, hvor den eller de eksisterende HB-frysere sandsynligvis ikke vil blive erstattet med en detailhandlerejet eller en konkurrents fryser, og hvor det ikke kan svare sig at afsætte plads til en yderligere frostboks. Denne begrænsning har den virkning, at disse konkurrerende leverandører udelukkes fra at sælge deres produkter til disse forretninger, hvorved konkurrencen mellem leverandører på det relevante marked begrænses.

(144) Efter at have konstateret årsagen til den konkurrencebegrænsning, der skyldes komplekset af HB's fryseraftale (betragtning 142), og de omstændigheder, hvorunder det forårsager konkurrencebegrænsende virkninger for detailhandlere og leverandører på det relevante marked i henhold til artikel 85, stk. 1 (betragtning 143), må tilstedeværelsen af disse omstændigheder påvises. I den forbindelse er der ikke taget hensyn til den konkurrencebegrænsende virkning af hver enkelt fryseraftale, men snarere til virkningen af den kategori af aftaler, der opfylder de anførte betingelser og udgør en påviselig del af komplekset af HB's fryseraftaler som helhed [66]; vurderingen af den

[65] Jf. Delimitis, præmis 18, i relation til det tyske ølmarked; sag T-9/93, Schöller, præmis 54, hvor Retten i Første Instans accepterede, at Tyskland var det korrekte geografiske marked for impulsis.

[66] Sag C-234/89, Delimitis, præmis 19-24, sag T-7 og 9/93, Langnese & Schöller, præmis 129-131 og 95-99.

konkurrencebegrænsende virkning af den del af HB's aftalekompleks gælder derefter i lige høj grad for hver af de aftaler, der omfatter den del ([67]).

(145) Den konkurrencebegrænsende virkning er vurderet på baggrund af virkningen af alle tilsvarende komplekser af fryseraftaler, som de øvrige isleverandører har på det relevante marked, samt på baggrund af eventuelle andre relevante markedsforhold. Den konkurrencebegrænsende virkning skal endvidere opgøres, således at dens mærkbarhed kan påvises.

3. *Forretningernes profil*

(146) Når det nøjagtige anvendelsesområde for artikel 85, stk. 1, på HB's frysere skal fastslås, er det først nødvendigt at analysere forretningernes profil for at kunne identificere de forretninger, hvor der udelukkende findes en eller flere HB-frysere.

(147) Komplekser af leverandøreksklusive fryseraftaler (dvs. aftaler, hvorved en fryser stilles til rådighed af en leverandør på den betingelse, at kun hans produkter må opbevares deri) bevirker helt klart, at detailhandlernes mulighed for at opbevare og sælge isprodukter fra en række konkurrerende leverandører begrænses. Denne begrænsning skyldes de uundgåelige pladsbegrænsninger i detailforretningerne (jf. betragtning 43). Det gennemsnitlige antal frysere i forretningerne er beregnet til 1,5 i Lansdowne-undersøgelsen og til 1,42 ifølge Rosslyn-undersøgelsen, hvilket klart illustrerer disse begrænsninger (jf. betragtning 89 og 105). Detailhandlerne er endvidere bevidste om disse begrænsninger, således som det fremgår af deres opfattelse af det optimale antal frysere, der kan være i en forretning, når sæsonen er på sit højeste: 1,57 (jf. betragtning 97).

(148) Kun en lille andel af detailforretningerne i Irland har ikke-eksklusive frysere ([68]). Disse kan betegnes som »frie« forretninger i den betydning, at detailhandlerne frit kan føre impulsis fra en hvilken som helst leverandør. Lansdowne-undersøgelsen fra juli 1996 ([69]) viste (jf. betragtning 92), at kun 17 % af alle forretninger havde detailhandlerejede frysere og således kunne beskrives som frie på denne måde, og at de resterende 83 % kun havde frysere fra leverandørerne. I april 1996 ([70]) viste Rosslyn-undersøgelsen (jf. betragtning 114), at højst 11 % af forretningerne kunne have mindst én fryser, som ikke var leverandøreksklusiv; kun 6 % af alle frysere i de undersøgte forretninger var detailhandlerejede. Disse er de eneste forretninger, som impulsisleverandører kan få direkte adgang til uden at skulle tilbyde detailhandleren en fryser til opbevaring af deres produkter og uden at skulle overtale detailhandleren til at tage imod dette tilbud.

(149) De resterende forretninger — uden ikke-eksklusive frysere — rummer en eller flere leverandøreksklusive frysere. Lansdowne-undersøgelsen fandt, at 83 % af alle forretninger på det relevante marked faldt ind under denne kategori (jf. betragtning 92). Rosslyn-undersøgelsen fandt (jf. betragtning 108 og 114), at i alt 84 % af alle forretninger, der sælger impulsis, kun har leverandøreksklusive frysere. Det drejer sig om de forretninger, som de leverandører, hvis frysere ikke allerede er på plads i forretningen, ikke kan få direkte adgang til med henblik på salg af deres produkter uden først at skulle fjerne de store etableringsskranker, der er beskrevet nedenfor. På denne måde udelukkes sådanne nye virksomheder fra forretningen. Selv om denne udelukkelse ikke er absolut i den forstand, at detailhandleren ikke kontraktmæssigt afskæres fra at sælge andre leverandørers produkter, kan forretningen siges at være afskærmet, idet konkurrerende leverandører har meget vanskeligt ved at få adgang til den.

(150) Det er også klart, at det meste salg af impulsis foregår gennem forretninger, der kun har leverandøreksklusive frysere. Dette illustreres ikke blot

([67]) I Langnese & Schöller anførte Retten i Første Instans i præmis 129 og 95, at ». . . når der er tale om et kompleks af ensartede aftaler indgået af en enkelt producent, skal vurderingen af aftalekompleksets virkninger for konkurrencen omfatte alle de enkelte aftaler, komplekset består af«.

([68]) Eftersom alle leverandører på det relevante marked arbejder med fryserekskusivitet, betyder dette i praksis en fryser ejet af detailhandleren selv eller udlånt af en anden part end en isleverandør.

([69]) Dvs. efter at HB havde afhændet en del af sine frysere (jf. betragtning 72 og 73).

([70]) Dvs. inden HB havde afhændet en del af sine frysere (jf. betragtning 72 og 73).

ved sådanne forretningers rent numeriske overlegenhed på det relevante marked, men også ved den meget lavere andel af forretninger med høj omsætning (inden for impulsis), som er frie på den måde, der er beskrevet i betragtning 148: kun 10 % af kategorien af forretninger med høj omsætning er frie på denne måde i modsætning til 28 % af kategorien af forretninger med lav omsætning (jf. betragtning 93).

(151) Et flertal af disse afskærmede forretninger er endvidere kun i stand til at sælge impulsisprodukter fra en enkelt leverandør i den forstand, at de udelukkende har en eller flere eksklusive frysere fra en enkelt isleverandør: ifølge Lansdowne er 56 % af alle forretninger i denne situation (jf. betragtning 92).

(152) Størstedelen af de frysere, som leverandørerne har stillet til rådighed på det relevante marked, er leveret af HB: 61 % af dem ifølge Lansdowne (jf. betragtning 88); 64 % af alle frysere ifølge Rosslyn (jf. betragtning 107). Ifølge Lansdowne har 72 % af alle forretninger mindst én HB-fryser (76 % ifølge Rosslyn — jf. betragtning 108). HB anslår selv (jf. betragtning 124), at 75 % af alle detailforretninger på det relevante marked har mindst én HB-fryser.

(153) Lansdowne-undersøgelsen fandt også, at 41 % af alle forretninger kun er i stand til at sælge HB's impulsisprodukter, idet de udelukkende har en eller flere fryser leveret af HB, 35 % af alle forretninger har kun en enkelt HB-fryser, og yderligere 6 % har mere end en. Ifølge Rosslyn er en HB-fryser den eneste fryser i forretningen i 50 % (jf. betragtning 108) af alle forretninger; i yderligere 5 % af alle forretninger er der mere end én HB-fryser, og disse er de eneste fryser i forretningen. Dette betyder, at 55 % af de udvalgte forretninger kun var i stand til at sælge HB's impulsisprodukter i den netop beskrevne betydning. Ifølge B&A er en HB-fryser den eneste fryser i forretningen i [. . .] % ([. . .] % af [. . .] % — jf. betragtning 116 og 117) af alle forretninger; [. . .] % af de udvalgte forretninger førte udelukkende HB-is i den ovenfor beskrevne betydning (jf. betragtning 116). HB anslår selv, at [. . . mere end 40 % . . .] af alle forretninger udelukkende fører HB-is i denne forstand (jf. HB's overslag i november 1994 på [. . . mere end 60 % . . .], jf. betragtning 125).

(154) Næsten hele HB's salg af impulsis foregår gennem forretninger, der kun har leverandøreksklusive frysere. Dette fremgår af det forhold, at [. . . mere end 95 % . . .] af HB's issalg foregår gennem forretninger, hvor der findes HB-frysere (jf. betragtning 61). Eftersom kun 5 % af alle forretninger er frie og også har en eller flere leverandøreksklusive frysere (jf. betragtning 92), og eftersom 95 % af HB's frysere er til stede i forretninger, der kun har sådanne leverandøreksklusive frysere (jf. betragtning 94), må der nødvendigvis drages den konklusion, at næsten hele HB's salg sker gennem sådanne forretninger [71].

(155) Lansdowne-undersøgelsen viser, at HB's salg gennem forretninger, der udelukkende har en eller flere HB-frysere, dvs. dem, der kun fører HB-is som beskrevet ovenfor, næsten er identisk med salget af impulsis gennem andre forretninger, hvor HB har leveret en fryser til opstilling (jf. betragtning 94). Endvidere viser tallene for HB's numeriske og vægtede distribution, at salget i de forretninger, hvor HB er til stede, som helhed er højere end i de forretninger, hvor HB ikke er (jf. betragtning 46). HB's salg gennem forretninger, der udelukkende har en eller flere HB-frysere, er derfor mindst lige så højt som salget gennem alle andre forretninger på det relevante marked.

(156) Det kan således konkluderes, at i ca. 40 % [72] af alle forretninger på det relevante marked er den eller de eneste frysere til opbevaring af impulsis, som er til stede i forretningen, leveret af HB (jf. betragtning 153). I svaret på klagepunktsmeddelelsen gav HB udtrykkelig udtryk for, at det ikke anfægter denne konklusion. Det er endvidere påvist, at ca. 40 % af det samlede impulsissalg på det relevante marked sker gennem denne kategori af forretninger (jf. betragtning 155). Disse forretninger fører udelukkende HB-is i den ovenfor beskrevne betydning. Aftalerne vedrørende de frysere, der er opstillet i denne kategori af forretninger, udgør en påviselig del af HB's kompleks af fryseraftaler.

[71] Det forhold, at HB afhændede in situ-frysere i første halvår 1996 vil ikke have påvirket denne vurdering i væsentlig grad; bortset fra det forhold, at de pågældende frysere har en gennemsnitsalder på ni år (dvs. at de i det mindste nærmer sig afslutningen på en frysers normale levetid), var det hovedsagelig frysere i forretninger med lav omsætning, der blev afhændet (jf. betragtning 73).

[72] Det fremgår af det foregående, at dette tal er lavt sat.

4. *Konstatering af, om den påviste del af HB's kompleks af fryseraftaler virker konkurrencebegrænsende på det relevante marked*

(157) En leverandør, som med henblik på salg af sine impulsisprodukter ønsker at få adgang til en detailforretning (dvs. en ny leverandør til forretningen), hvor der mindst findes én leverandøreksklusiv fryser, kan gøre dette, hvis den forretning har en eller flere ikke-eksklusive frysere, dvs. er en fri forretning som beskrevet i betragtning 148), eller hvis han kan overtale detailhandleren til enten at udskifte en leverandøreksklusiv fryser in situ eller installere en ekstra fryser ved siden af den eller de leverandøreksklusive frysere in situ. Disse to muligheder drøftes under nr. i) og ii) i relation til den kategori af forretninger, der er beskrevet i betragtning 156.

i) **Sandsynligheden for, at en detailhandler overtales til at udskifte en HB-fryser**

(158) Hvis en konkurrerende leverandør ønsker at få adgang til en forretning, hvor den eller de eneste frysere til opbevaring af impulsis i forretningen er leveret af HB, kan han forsøge at overtale detailhandleren til at udskifte en af HB-fryserne med enten en fryser indkøbt eller leaset af detailhandleren selv andetsteds end hos en isleverandør eller med en fryser stillet til rådighed af den konkurrerende leverandør (den nye leverandør til forretningen).

a) *Udskiftning med detailhandlerens egen fryser*

(159) En detailhandler, der overvejer at udskifte en leverandøreksklusiv fryser, vil kun gøre dette, hvis han forventer at kunne øge sin fortjeneste som følge heraf. Når han foretager en sådan beregning, må han tage hensyn til den eller de tilstedeværende leverandørers stilling på det relevante marked. En detailhandler, der overvejer at udskifte en HB-fryser, må derfor tage hensyn til HB's overvældende styrke på det relevante marked (jf. betragtning 141). Dette gælder navnlig, når HB-fryseren er den eneste i forretningen: når detailhandleren planlægger at udskifte denne ene HB-fryser med sin egen fryser, kan det forventes, at de isprodukter, der opbevares i den detailhandlerejede fryser, som helhed vil afspejle de forskellige producenters respektive markedsandel på det relevante marked. Som følge af HB's stilling er det ikke sandsynligt, at der vil ske en større ændring i udvalget af produkter, der udbyrdes i forretningen efter udskiftningen. Detailhandleren vil derfor sandsynligvis ikke forvente, at hans fortjeneste vil stige ret meget som følge af muligheden for at tilbyde en kombination af producenters produkter.

(160) Man må heller ikke se bort fra detailhandlernes risikoaversion som en faktor, der gør det usandsynligt, at en detailhandler skulle vælge at anskaffe sig sin egen fryser: usikkerhed med hensyn til den fremtidige fortjeneste samt den generelle ulempe ved at skulle købe og vedligeholde sin egen fryser er i høj grad en hæmmende faktor for især de små detailhandlere. Det skal erindres, at uvished omkring den fremtidige fortjeneste formentlig vil afskrække især små detailhandlende, for hvem risikoen i forbindelse med en sådan investering (se nedenfor) kan have alvorlige konsekvenser og derfor er mindre tiltrækkende.

(161) Den nødvendige investering til indkøb af en detailhandlerejet fryser samt omkostningerne ved dens vedligeholdelse er en afskrækkende faktor for detailhandlerne, som herved går glip af muligheden for at få stillet en fryser »gratis« til låns, samtidig med at leverandøren, dvs. HB, sørger for vedligeholdelsen: selv om detailhandleren betaler indirekte for ydelsen (jf. betragtning 76-79), er de stordriftsfordele med hensyn til indkøb, opstilling og vedligeholdelse af frysere, som er mulige for store isleverandører som f.eks. HB, ikke mulige for små detailhandlere og udgør derfor en tilskyndelse til at tage imod frysere fra leverandøren. Inden indførelsen af dobbelt prisfastsættelse i 1995 betød HB's politik med samlet prisfastsættelse (se ovenfor), at denne manglende tilskyndelse var endnu mere udpræget. Fordi dette element blev medtaget generelt i prisen på is, finansierede en detailhandler med egen fryser indirekte HB's frysere uden at få fordel af en fryser. En sådan investering er endvidere en »tabt« omkostning for detailhandleren, hvis han ikke uden videre kan videresælge fryseren. Sådanne omkostningsmæssige overvejelser er særlig relevante i relation til detailhandlere med kontant- eller kreditmæssige begrænsninger, uanset årsagen, og vil derfor være

særdeles relevante for mindre forretninger. Lansdowne-undersøgelsen fandt, at disse kommercielle/omkostningsmæssige overvejelser for detailhandlerne tydeligvis afholdt dem fra at købe frysere: jf. betragtning 100 og 104.

(162) Nødvendigheden af at afbryde relationerne med leverandøren af den fryser, der skal udskiftes, er endnu en hindring, især når denne leverandør har en markedsstilling, der er så stærk som HB's. Netop det forhold, at der er så få detailhandlere, der har valgt at købe eller lease frysere til opbevaring af impulsis i Irland, bekræfter denne analyse. Inden HB afhændede frysere i 1996, var der meget få detailhandlere i Irland, der havde valgt at købe deres egne frysere (jf. Rosslyn-undersøgelsen, betragtning 107, gennemført i april 1996, før afhændelsen). De fleste af de frysere, HB afhændede til detailhandlere i 1996, blev afhændet [. . .] og tegner sig for en stor andel af de detailhandlerejede frysere på det relevante marked. HB's fryserafbetalingsordning, der blev indført i 1995, har ikke tiltrukket sig detailhandlernes interesse (jf. betragtning 70 og 71) til trods for HB's overbevisning om, at dens betingelser ville være attraktive for dem; kun 11 % af de detailhandlere, der er interviewet af Lansdowne, og som ikke allerede ejede en fryser eller havde købt en på afbetaling, udtrykte interesse for HB-ordningen. Den markedsundersøgelse, der blev foretaget af Rosslyn, konstaterede, at ud af de 26 % af alle interviewede forretninger, som sagde, at de ville være rede til at opstille en erstatningsfryser eller en ekstra fryser, ville 82 % ikke være villige til selv at købe en fryser, og 80 % ville ikke leje en ikke-eksklusiv fryser.

(163) HB har hævdet, at i forretninger med mere end én HB-fryser er der større sandsynlighed for, at detailhandleren udskifter en af dem med sin egen fryser, samtidig med at han beholder den anden/de øvrige. Det skal påpeges, at de fleste af forretningerne i den relevante kategori (dvs. dem, hvor der kun er én HB-fryser) kun har en enkelt HB-fryser til salg af impulsis (jf. betragtning 153); i de fleste af de resterende er der kun to frysere. I forbindelse med de forretninger, der har to eller flere HB-frysere, er detailhandleren kun tilbøjelig til at udskifte den ene eller flere af dem, hvis han forventer, at den nyopstillede fryser kan give mindst samme omsætning inden for impulsis som den/dem, der er fjernet. Selv om detailhandleren måske når til en sådan konklusion, viser det sig, at detailhandlerne kun sjældent vælger denne mulighed (se nedenfor); selv om HB's stærke stilling på markedet må være den vigtigste årsag til denne tilbageholdenhed med at udskifte HB's frysere, må den formentlig også delvis tilskrives den netop beskrevne manglende tilskyndelse til at anskaffe frysere.

(164) Den markedsundersøgelse, Kommissionen har støttet sig til, viser, at det er meget usædvanligt at udskifte frysere fra leverandøren med enten detailhandlerejede frysere eller med frysere fra den eksisterende leverandørs konkurrenter (jf. betragtning 111), og at detailhandlernes modvilje mod dette er særlig markant (jf. betragtning 104, 112 og 119). Markedsundersøgelsen viser endvidere, at det er meget sjældent, at HB-leverede frysere udskiftes med frysere, der ikke er leveret af HB: i de sidste fem år var 78 % af alle udskiftede frysere i forretningerne HB-frysere, og 74 % af dem, der blev sat i stedet for, var også HB-frysere (jf. betragtning 111), og i de fleste tilfælde større frysere (jf. betragtning 74).

(165) Undersøgelsen viser også, at detailhandlerne som helhed ikke er interesseret i muligheden for en sådan udskiftning. I Lansdowne-undersøgelsen blev der specifikt stillet visse spørgsmål til detailhandlere, som udelukkende havde en eller flere HB-frysere, og som derfor kun var i stand til at sælge HB's impulsisprodukter. Disse detailhandlere blev endvidere spurgt, om de var interesseret i at føre andre mærker end HB. Kun 25 % var interesseret heri. 76 % af disse detailhandlere (dem, som kun havde HB-frysere og var interesseret i at føre andre mærker) sagde, at de ikke ville overveje at udskifte HB-fryseren (eller en af dem) med en fryser lejet eller købt af dem selv (jf. betragtning 102-104).

b) *Udskiftning med en fryser, som stilles til rådighed af en leverandør*

(166) En detailhandler, der overvejer at udskifte en fryser, som er stillet til rådighed af en leverandør, med en fryser fra en anden isleverandør, vil kun gøre dette, hvis han forventer, at en sådan udskiftning vil føre til en højere fortjeneste [73]: han ønsker normalt at være sikker på, at der er mere efterspørgsel efter den nye leverandørs produkter,

[73] Når en eksisterende leverandøreksklusiv fryser erstattes af en fryser, der er forbeholdt en konkurrent til den eksisterende leverandør, afskæres denne (tidligere) eksisterende leverandør fra forretningen, forudsat at det var hans eneste fryser i forretningen, og eventuelle andre leverandører, som ikke allerede er til stede i forretningen, forbliver afskåret fra forretningen.

og at dennes fryser derfor vil vise sig at være mere rentabel end den eksisterende leverandørs. Hvis den nye leverandør er en mindre velkendt isproducent end den eller de allerede tilstedeværende leverandører, hvis denne har et mindre omfattende eller mindre populært produktudvalg, og hvis den leverede fryser er mindre eller betingelserne mindre gunstige, vil detailhandleren ikke følge sig tilskyndet til at foretage udskiftningen. Når den leverandøreksklusive fryser er den eneste i forretningen, vil disse detailhandlere rent faktisk opgive muligheden for overhovedet at udbyde den fjernede leverandørs impulsisprodukter, idet det ser ud til, at producenterne næsten uvægerligt leverer frysere med en eksklusivitetsklausul.

(167) For de detailhandlere, der overvejer at udskifte en HB-fryser med en fryser stillet til rådighed af en anden isleverandør, udgør HB's stærke stilling på det relevante marked en endnu større forhindring end i tilfælde af udskiftning af detailhandlerens egen fryser. Dette gælder navnlig, når HB-fryseren er den eneste i forretningen; disse detailhandlere opgiver rent faktisk muligheden for at føre HB's impulsis-produkter overhovedet ([74]). Detailhandleren vil kun vælge denne mulighed, hvis han forventer, at en sådan udskiftning vil føre til en højere fortjeneste, og det er derfor næsten sikkert, at han ikke vil gøre det, når HB-fryseren er den eneste i forretningen. Ingen af produkterne fra HB's konkurrenter er så velkendte og findes heller ikke i så stort et udvalg. Som følge heraf udgør de normalt ikke — set fra detailhandlerens synspunkt — et tilfredsstillende alternativ til HB's produkter.

(168) Mange detailhandleres risikoaversion, besværet og etablerede relationer med eksisterende leverandører er også faktorer, der gør det mere usandsynligt, at en detailhandler vælger at udskifte en leverandørs fryser med en andens. Når en eksisterende leverandørs fryser udskiftes, ikke med detailhandlerens egen fryser, men med en anden leverandørs fryser, svarer dette næsten uundgåeligt til at nægte at gøre yderligere forretninger med den eksisterende leverandør. Disse overvejelser er så meget mere relevante i relation til udskiftning af en HB-fryser som følge af denne virksomheds styrke på markedet. Selv når en forretning udelukkende har to eller flere HB-frysere (dvs. forretningen fører kun HB's produkter), er det usandsynligt, at den ene eller den anden af disse HB-frysere udskiftes som følge af HB's styrke på markedet: sandsynligheden for, at fryseren udskiftes, er betinget af detailhandlerens forventninger om en højere omsætning som følge af den nye fryser. Den ovenfor beskrevne markedsundersøgelse bekræfter, at en sådan udskiftning sandsynligvis ikke vil finde sted.

(169) Spørgsmålet, om en HB-fryser vil blive udskiftet med en fryser leveret af en konkurrent, må ligeledes overvejes ud fra den anden leverandørs synspunkt. Som nævnt ovenfor kan en sådan leverandør kun forventes at foretage de nødvendige investeringer, hvis han forudser et tilfredsstillende afkast af disse investeringer i form af en øget omsætning. Som følge af HB's styrke på det relevante marked vil en anden isleverandør end HB sandsynligvis få et lavere afkast af en sådan investering. Denne ugunstige konkurrencemæssige situation over for den førende leverandør på markedet gør det i visse tilfælde mindre sandsynligt, at en detailhandler vil få tilbudt en fryser af en sådan konkurrent.

(170) Det bør erindres, at det empiriske materiale — i form af den markedsundersøgelse, som Kommissionen støtter sig til — viser, at en udskiftning af leverandørfrysere som helhed og HB-frysere i særdeleshed næsten uundgåeligt resulterer i, at der installeres nye frysere fra samme leverandør (jf. betragtning 111). 82 % af de detailhandlere, der er undersøgt af Lansdowne, og som udelukkende havde en eller flere HB-frysere og var interesseret i at føre andre mærker, sagde, at de ikke ville overveje at udskifte HB-fryseren (eller en af dem) med en fryser fra en anden isleverandør (jf. betragtning 104), og HB's førerstilling og popularitet af HB's produkter blev af mange detailhandlere angivet som de væsentligste årsager hertil.

(171) HB's fryseraftaler er indgået for et ubestemt tidsrum. Enhver sådan aftale fortsætter med at være i kraft, indtil enten HB eller detailhandleren opsiger den med to kalendermåneders skriftligt varsel ([75]). Til trods for at detailhandlerne normalt er klar over, at aftalerne kan bringes til ophør med kort

([74]) Tilbageleveringen af HB-fryseren kan også medføre, at en detailhandler må opgive at føre HB's take home-isprodukter, idet disse somme tider opbevares i samme fryser som impulsprodukter (jf. betragtning 42); denne yderligere konsekvens gør det endnu mindre attraktivt at udskifte en HB-fryser med en fryser fra en anden producent.

([75]) Det forhold, at HB tilsyneladende ser stort på dette krav (se ovenfor), kan kun anses for en delvis formildende omstændighed i denne henseende, idet detailhandleren formentlig er udvidende om eller usikker med hensyn til denne praksis.

varsel, er aftalernes uafgrænsede karakter ikke desto mindre endnu en faktor, som kan gøre detailhandlerne tilbageholdende med hensyn til at tage initiativet til at afslutte dem, hvad enten det drejer sig om at udskifte en HB-fryser med en detailhandlerejet fryser eller med en fryser fra en anden leverandør.

ii) **Sandsynligheden for, at en detailhandler overtales til at opstille en ekstra fryser**

(172) Som en anden mulighed kan en konkurrerende leverandør, der ønsker at få adgang til en forretning, hvor den eller de eneste frysere til opbevaring af impulsis i forretningen er stillet rådighed af HB, forsøge at overbevise detailhandleren om, at han ved siden af den eller de HB-frysere, der allerede befinder sig i forretningen, skal opstille enten en ekstra fryser, som detailhandleren selv køber eller leaser hos en anden leverandør end en isleverandør, eller en fryser fra den konkurrerende leverandør (forretningens nye leverandør).

(173) Når en detailhandler skal afgøre, om der skal opstilles en ekstra fryser i forretningen, må han tage hensyn til de pladsmæssige begrænsninger, som gælder for enhver forretning, og i særdeleshed for forretninger på det relevante marked (jf. betragtning 43). Detailhandleren må også være overbevist om, at en sådan beslutning er rentabel. Som regel afsætter en detailhandler salgsplads i overensstemmelse med sin opfattelse af pladsens afkastningsmuligheder [76]. Han vil især tage hensyn til en række faktorer, hvoraf nogle er beskrevet nedenfor. Lansdowne-undersøgelsen fandt, at 87 % af de undersøgte forretninger ikke mente, at det ville være »rentabelt« for dem at afsætte yderligere plads til opstilling af en ekstra fryser (jf. betragtning 96). Markedsundersøgelsen viser endvidere, at de fleste detailhandlere er stærkt tilbageholdende med hensyn til at tillade, at der opstilles ekstra frysere (jf. Lansdowne-undersøgelsen, betragtning 97-100 og 103; Rosslyn-undersøgelsen, betragtning 112; B&A-undersøgelsen, betragtning 119). I Lansdowne-undersøgelsen konstateredes det f.eks., at kun 40 % af de 25 % af de detailhandlere, der kun er i stand til at tilbyde HB-is, og som viste interesse for at føre andre mærker, var rede til at acceptere, at der opstilles en ekstra fryser; B&A-undersøgelsen viste, at kun [. . .] % af detailhandlere med kun én fryser i forretningen var rede til at overveje at opstille en ekstra fryser.

(174) I forbindelse med salg af impulsis er det vigtigt, at fryseren er tilgængelig og synlig. Derfor er det ikke alle pladser i en forretning, der er velegnede [77] (jf. betragtning 10 og 43). Samtidig skal den plads, der er velegnet, også være til rådighed for præsentation af andre produkter, især impulsprodukter. Salget af disse andre produkter er normalt ikke sæsonbetonet og kan på årsbasis give et højere afkast af den anvendte plads. Den plads, detailforretningerne afsætter til frysere til salg af impulsis, vil normalt være direkte relateret til frysernes bidrag til omsætningen.

(175) Opstilling af en ekstra detailhandlerejet fryser eller af en fryser, der leveres af en anden producent end HB, fører umiddelbart til, at der er adgang til et større produktudvalg. Denne udvidelse af produktudvalget skaber imidlertid ikke automatisk en højere omsætning inden for impulsis i den pågældende forretning. Medens det samlede salg af impulsis i denne forretning måske stiger, vil det nemlig ikke nødvendigvis stige til det niveau, som en detailhandler ville forvente af en sådan yderligere pladstildeling. Ikke blot vil den nyopstillede fryser sandsynligvis ikke kunne skabe samme omsætning som den eller de eksisterende frysere gjorde, indtil den nye fryser blev opsat, men den eller de eksisterende frysere vil sandsynligvis ikke fortsat kunne skabe samme omsætning, som før den nye fryser blev opstillet. Det er kun, hvis det samlede salg som følge af den nye fryser udelukkende skyldes, at der er en specifik efterspørgsel efter den nye leverandørs produkter, eller at efterspørgslen efter alle andre impulsisprodukter i forretningen udelukkes, at salget fra den eller de eksisterende frysere ikke påvirkes negativt som følge af den nyopstillede fryser. Set fra detailhandlerens synspunkt vil en ekstra fryser kun være rentabel, hvis han forventer, at den ekstra efterspørgsel, der skabes af den nye fryser, opvejer

[76] Det forhold, at det i B&A's »Qualitative Study« konstateredes, at detailhandlerne generelt handler på grundlag af instinktive snarere end mere nøjagtige metoder til beregning af afkastningsmulighederne (jf. betragtning 122 og 123), undergraver ikke gyldigheden af denne påstand: deres instinktive beregninger vil tage hensyn til samme grundlæggende overvejelser.

[77] Jf. Kommissionens beslutning 78/172/EØF i Liebig, EFT L 53 af 24.2.1978, s. 20, betragtning 9.

omkostningerne ved ikke at kunne anvende detailpladsen på en anden måde. Den væsentlige reduktion af antallet af mærker, der er konstateret i B&A-undersøgelsen (jf. betragtning 118), er i overensstemmelse med disse pladsmæssige rentabilitetsovervejelser — de pågældende detailhandlere har formentlig ment, at salget af en leverandørs is ikke berettigede, at pladsen anvendtes til denne leverandørs fryser.

(176) HB's stærke stilling på det relevante marked gør det derfor meget usandsynligt, at en detailhandler opstiller en ekstra detailhandlerejet fryser i en forretning, som allerede rummer en eller flere af HB's net af frysere. På grund af udvalgets størrelse og populariteten af HB's produkter vil der formentlig kun blive tale om en begrænset ekstra fortjeneste, hvis der opstilles en detailhandlerejet fryser sammen med HB-fryseren. De dermed forbundne ulemper, som er beskrevet mere generelt ovenfor, vil derfor være endnu mere udtalte i denne forbindelse.

(177) Endvidere er den mest effektive måde at øge detailhandlernes kapacitet på, således at den opfylder en stigende efterspørgsel hos forbrugerne, at levere oftere til et minimalt antal frysere frem for at installere yderligere frysere([78]). Opstilling af yderligere frysere til opbevaring af hver enkelt leverandørs produkter vil medføre indlysende effektivitetstab hos detailhandleren.

(178) Endnu en faktor, som gør det endnu mere usandsynligt, at der foretages en sådan yderligere opstilling, er den øgede gulvplads, der optages af HB's nyligt installerede frysere (jf. betragtning 74). Dette reducerer naturligvis sandsynligheden for, at en detailhandler vil afsætte endnu mere plads til salg af impulsisprodukter.

(179) Muligheden for at udskifte en eksisterende HB-fryser med to (eller flere) mindre frysere bør også overvejes. Medens denne mulighed ikke fører til en forøgelse af den detailplads, der er afsat til opbevaring af impulsis, og ser ud til at tiltale en række detailhandlere (jf. Lansdowne-undersøgelsen — betragtning 104), begrænses den af det forhold, at leverandørerne tilsyneladende stiller frysere til rådighed, som er beregnet til at rumme hele deres udvalg: tendensen er, at disse øges arealmæssigt for de leverandører, der leverer et komplet udvalg, især HB (jf. betragtning 74 og 75 angående HB-frysere). Under alle omstændigheder vil det normalt ikke være muligt for en detailhandler at få frysere fra leverandører, som kan rumme nøjagtigt det udvalg og den mængde produkter, han måtte ønske at udstille. Opstilling af et større antal mindre frysere kan endvidere vanskeliggøre detailhandlerens bestræbelser på at tilbyde kunderne et komplet udvalg af alle typer impulsisprodukter. Set fra leverandørens side har meget små frysere den ulempe, at de begrænser udvidelsesmulighederne på det relevante marked. Desuden skal det bemærkes, at indkøb, opstilling, vedligeholdelse og driftsomkostninger for to frysere er betydeligt højere end for én fryser, der er dobbelt så stor som en af disse.

(180) HB har hævdet, at det gennemsnitlige antal frysere pr. forretning formentlig fortsat vil stige, således som det er set i de seneste fem år: Rosslyn-undersøgelsen viste en stigning i det gennemsnitlige antal frysere fra 1,22 i 1991 til 1,42 i 1996; Lansdowne-undersøgelsen konstaterede et gennemsnitligt tal på 1,50. Det er imidlertid klart, at der må være en øvre grænse for antallet af frysere, som en forretning er villig til at opstille til salg af impulsis. Dette illustreres ikke blot af den meget lille andel af forretninger med mere end to frysere([79]), men også af den tilbageholdenhed, detailhandlerne har givet udtryk for, når de er blevet spurgt, om de er villige til at tage imod yderligere frysere: Lansdowne-undersøgelsen præsenterede en række detaljerede data i så henseende (jf. betragtning 97-100 og 103). Det bør navnlig bemærkes, at detailhandlerne mente, at 1,57 (gennemsnit) var det optimale antal frysere i højsæsonen, hvilket viser (på grundlag af tallene for det gennemsnitlige antal frysere i forretningerne), at markedet er mere eller mindre mættet med frysere, og at det derfor er meget mindre sandsynligt, at der fremover vil ske en tilgang til eller udvidelse af markedet.

([78]) Dette bekræftes af B&A's »Qualitative Study«, som fandt, at detailhandlerne foretrækker hyppig genopfyldning af en fryser frem for opstilling af en ekstra fryser (jf. betragtning 123).

([79]) 7 % ifølge Lansdowne; 4 % ifølge Rosslyn; [. . .] % ifølge B&A, hvis undersøgelse i væsentlig grad er vægtet mod større forretninger (jf. betragtning 86).

(181) I tilslutning til de generelle overvejelser, der netop er beskrevet i relation til sandsynligheden for, at en detailhandler vælger at opstille en fryser foruden den eller de HB-frysere, der allerede er til stede i forretningen, skal der fremsættes følgende bemærkninger i relation til de specifikke muligheder, der er nævnt under betragtning 172.

a) *Tilføjelse af en detailhandlers egen fryser ved siden af eller flere HB-frysere*

(182) De fleste af de hæmmende faktorer, der er beskrevet under nr. i), litra a), i relation til detailhandlernes erhvervelse af egne frysere, gælder også for dette scenario. En detailhandler vil blive afskrækket af risikoen i forbindelse med en sådan investering (sandsynligvis »tabt«). Ulempen i forbindelse med at erhverve og vedligeholde en fryser kan også i høj grad virke afskrækkende på detailhandlere.

b) *Tilføjelse af en leverandøreksklusiv fryser ved siden af en eller flere HB-frysere*

(183) Set fra leverandørens synspunkt er de faktorer, der er nævnt under betragtning 169 (og drøftet yderligere nedenfor), mindst lige så gyldige. Når en leverandør stiller en ekstra fryser til rådighed, i modsætning til en erstatningsfryser, vil hans fortjeneste blive begrænset af konkurrencen fra den eller de tilbageværende eksisterende frysere, hvorimod en erstatningsfryser ikke skal konkurrere med den fjernede eksisterende fryser i denne forretning. Når denne eksisterende fryser er en HB-fryser, indebærer HB's stærke stilling på det relevante marked, at en detailhandler i endnu mindre grad vil være villig til at opstille en ekstra leverandøreksklusiv fryser i en forretning, som allerede rummer en eller flere af HB's frysere. Eftersom HB's produkter findes i et større udvalg og er mere populære end nogen af konkurrenternes produkter, er den ekstra fortjeneste, der vil opstå som følge af opstillingen af endnu en leverandørs fryser ved siden af HB-fryseren, begrænset ([80]).

([80]) Når der opstilles en ekstra leverandøreksklusiv fryser, forbliver eventuelle andre leverandører, som ikke allerede er til stede i forretningen, afskåret fra forretningen.

iii) **Konklusion**

(184) Af det foregående kan det konkluderes, at HB's fryseraftaler, indgået i relation til frysere, der er opstillet i forretninger, hvor den eller de eneste frysere i forretningen er stillet til rådighed af HB, opfylder betingelserne i betragtning 143 og således har til følge, at konkurrencen på det relevante marked begrænses. På baggrund af denne konklusion kan den pågældende kategori af forretninger de facto siges at være eksklusivt bundet til salg af HB's impulsisprodukter. Konkurrerende leverandører afskæres derfor fra at få adgang til disse forretninger.

5. *Andre relevante markedsforhold*

i) **Fryserekskusivitet som en væsentlig logistisk og omkostningsmæssig barriere for konkurrerende leverandørers adgangs- og udvidelsesmuligheder**

(185) Det forhold, at isleverandørerne generelt stiller leverandøreksklusive frysere til rådighed for detailhandlerne, vanskeliggør adgangen til og udvidelsesmulighederne på det relevante marked (jf. betragtning 147-156) — et flertal af forretninger er kun i stand til at udbyde impulsisprodukter fra en enkelt leverandør. Denne bestemmelse udgør derfor en væsentlig hindring for konkurrencen mellem leverandører.

(186) Det er klart, at tilrådighedsstillelse af leverandøreksklusive frysere udgør en logistisk hindring for virksomheder, der ønsker at komme ind på markedet, og for de eksisterende isleverandørs udvidelsesmuligheder. I punkt 4 blev det påvist, at i forretninger, der udelukkende har HB-frysere, er det vanskeligt at overtale detailhandlerne til at udskifte de eksisterende HB-frysere og vanskeligt at overtale dem til at opstille ekstra frysere til udstilling af impulsis. Det fremgår endvidere af punkt 4, at dette som helhed ikke blot gælder for HB-frysere i forretninger, der kun har HB-frysere, men også for leverandøreksklusive frysere i detailforretninger i det hele taget. Medens andre leverandører ikke har samme stærke stilling på markedet som HB, stiller de ikke desto mindre frysere til rådighed for detailhandlere på næsten de samme vilkår, og fryserne opstilles i forretninger med de

samme pladsmæssige begrænsninger. Ulempen for detailhandlerne, deres risikoaversion og uvilje mod at bryde med etablerede leverandører er faktorer, som alle bidrager til denne logistiske barriere over for konkurrerende leverandører.

(187) Den markedsundersøgelse, som Kommissionen har støttet sig til, illustrerer denne generelle logistiske barriere. De tre markedsundersøgelser viser, at detailhandlerne som helhed ikke udskifter eksisterende leverandøreksklusive frysere med andre frysere end frysere fra samme leverandør, og at detailhandlerne som helhed ikke er tilbøjelige til at afsætte plads til opstilling af yderligere frysere (jf. betragtning 164, 165 og 173).

(188) Når der stilles leverandøreksklusive frysere til rådighed, svarer det ligeledes til en omkostningsmæssig barriere for adgangen til og udvidelsesmulighederne på det relevante marked. Når en leverandør af impulsis på det relevante marked — uanset om der er tale om en etableret markedsdeltager eller en nytilkommen virksomhed — ønsker at udbyde sine produkter til salg fra en forretning, hvor der udelukkende findes en eller flere leverandøreksklusive frysere (dvs. de fleste forretninger på det relevante marked — jf. betragtning 149), og når han ikke kan overtale detailhandleren til at anskaffe sin egen ikke-eksklusive fryser, kan leverandøren ikke gøre andet end at tilbyde detailhandleren en fryser, hvori hans (forretningens nye leverandør) produkter kan opbevares. Bortset fra vanskelighederne ved at overtale detailhandleren til at tage imod tilbuddet (jf. detaljeret beskrivelse ovenfor) er det forbundet med store omkostninger for leverandøren at tilbyde en sådan service.

(189) Udgifterne i forbindelse med erhvervelse af frysere til opstilling i forretninger, hvorved det sikres, at en leverandørs produkter opnår en rentabel distribution, gør det vanskeligt for små og endog mange mellemstore virksomheder at komme ind på det relevante marked og forblive der. Der er også tale om løbende vedligeholdelsesomkostninger, som kun kan bæres, når der er et minimalt antal af leverandørens frysere til stede i et rimeligt koncentreret geografisk område. De to små impulsisselskaber, der har opereret i Irland, Valley (nu i likvidation) og Leadmore, har begge haft store finansielle vanskeligheder i den seneste tid, og begge er begyndt at samarbejde om distributionen med nye virksomheder på markedet (Valley med Mars og Leadmore med Nestlé). HB, Mars, Nestlé, Dale Farm og Häagen Dazs tilhører alle store multinationale koncerner. Bortset fra den større risiko for små virksomheder med hensyn til finansieringen af en sådan investering kan store koncerner opnå stordriftsfordele med hensyn til såvel erhvervelse som vedligeholdelse af frysere, hvilket ikke er muligt for mindre virksomheder, hvorved det bliver endnu dyrere for sådanne virksomheder at få adgang til markedet.

(190) Der skal også tages hensyn til bredden af det produktudvalg, som leverandøren tilbyder. Jo mindre udvalget er, jo vanskeligere er det at begrunde investeringerne. Hvis en leverandør kun tilbyder et eller to produkter, vil han næsten helt sikkert ikke tilbyde detailhandleren en fryser og vil derfor være udelukket fra at få adgang til forretningen. Dette stiller sig navnlig hindrende i vejen for nicheleverandører af impulsis, idet deres muligheder for at få adgang til omfattende distribution begrænses.

(191) Denne omkostningsmæssige barriere beskytter de etablerede leverandører — med frysere i et stort antal forretninger — mod, at konkurrenterne får adgang til forretninger, hvor de er til stede: eksistensen af en række net af frysere, som er forbeholdt de eksisterende leverandører, og som omfatter næsten alle forretninger på det relevante marked, bevirker, at det bliver dyrere for konkurrenter, som ikke allerede er til stede, at få adgang til det relevante marked, og dyrere for alle leverandører at udvide på markedet. Detailhandlerne vil sandsynligvis ikke tage imod frysere fra leverandører, der ikke tilbyder betingelser, der er mindst lige så favorable som dem, der tilbydes af leverandører med frysere, som allerede er i forretningen, eller som dem, der tilbydes af leverandørerne på markedet som helhed. I forbindelse med det relevante marked betyder dette, at leverandøren må være rede til at tilbyde en moderne fryser »gratis til låns« (dvs. uden noget direkte gebyr) og påtage sig vedligeholdelsen. En ny virksomhed på markedet vil endvidere normalt ikke forvente samme afkast af en opstillet fryser som en eksisterende virksomhed på markedet, i det mindste ikke før den er veletableret på markedet. Denne fordel, som de eksisterende virksomheder har, har betydet, at de eneste nye virksomheder på det relevante marked i den seneste tid har haft »penge på lommen«: Mars, Häagen Dazs og Nestlé. Mars' udgifter i forbindelse med adgangen illustreres af de investeringer, Mars foretog i frysere i 1994, som en andel af dets omsætning inden for is i det år (jf. betragt-

ning 80). Denne store investering i tilrådighedsstillelse af frysere betyder, at en isleverandørs andre investeringsbehov må reduceres tilsvarende, navnlig i perioden lige efter markedsadgangen, hvor leverandøren endnu ikke har fået udgifterne ved investeringen i frysere ind fra detailhandleren.

(192) HB er langt den vigtigste eksisterende leverandør på det relevante marked. HB's langvarige styrke på markedet er detaljeret beskrevet ovenfor. Dets net af frysere er det største på det relevante marked, ca. tre gange større end den nærmeste konkurrents net, og HB's frysere er til stede i de fleste forretninger. Disse frysere er normalt også større end konkurrenternes frysere, og der er foretaget en omfattende modernisering i de seneste år.

(193) HB har i den forbindelse givet udtryk for den opfattelse, at et distributionssystem, hvorved detailhandlerne får stillet frysere med eksklusivitetsklausul til rådighed, ikke under alle omstændigheder medfører en begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 85, stk. 1. HB har anført, at »konkurrence af den type, der omhandles i artikel 85, stk. 1, sammen med artikel 3, litra g), er bred nok til at kunne rumme et system, hvor isleverandører bl.a. konkurrerer ved at stille frysere til rådighed på salgsstedet«. Denne påstand er hovedsagelig baseret på det forhold, at systemet er at have fast forretningspraksis på det relevante marked og andre steder, og at konkurrencen på det relevante marked omfatter konkurrence med hensyn til levering af frysere med eksklusivitetsklausul til detailhandlerne. Denne konkurrence om levering af frysere gælder både for etablerede og nytilkomne virksomheder.

(194) Hertil kan svares, at konkurrencen på det relevante marked ikke burde tvinge isproducenterne til at beskæftige sig med levering af frysere som en uundgåelig forudsætning for at kunne operere på markedet for levering af impulsis til detailhandlere. Når leverandørerne ønsker at få adgang til at sælge deres produkter i en forretning, der ikke har nogen »fri« fryser, synes denne tvang i de fleste tilfælde at være en realitet. Endvidere kan konkurrence mellem mærkerne i forbrugerleddet ikke erstattes af konkurrence om adgang til detailleddet. Dette gælder navnlig, hvor der er tale om impulsprodukter, idet konkurrencen i stort omfang foregår inden for forretningen snarere end mellem forretningerne (jf. betragtning 195 ff). I den foreliggende sag har nødvendigheden af at konkurrere om levering af frysere den virkning, at konkurrencen på markedet for impulsis i stort omfang begrænses. Konkurrencen mellem isleverandører om at stille frysere til rådighed for detailhandlerne er naturligvis ikke i sig selv uønsket; det er kun, når alle isleverandører gør dette på eksklusive betingelser, at eventuelle økonomiske fordele som følge af denne praksis opvejes af dens skadelige virkninger for konkurrencen på det relevante marked.

ii) **Andre konkurrencebegrænsende virkninger af den ovenfor drøftede barriere for adgangen og udvidelsesmulighederne**

(195) Der er mindst to yderligere faktorer, der vanskeliggør adgangen til det relevante marked: for det første betyder det forholdsvis underudviklede selvstændige engrossalg inden for impulsis i Irland, at adgangen til distribution via sådanne selvstændige mellemmænd vanskeliggøres; for det andet udgør de eksisterende mærkers styrke på det relevante marked, og kundernes loyalitet over for dem, en enorm hindring for nye markedsdeltagere. Det erkendes, at mærkegenkendelse i isbranchen, ligesom inden for de fleste hurtigt solgte forbrugsvarer, er af allerstørste betydning. I den henseende skal det påpeges, at Mars og Nestlé har haft stor fordel af deres respektive mærkers stærke stilling i konfekturesektoren, hvor disse mærker i mange tilfælde er identiske med mærkerne på deres isprodukter. Den anden nye virksomhed, som for nylig er kommet ind på markedet, Häagen Dazs, drager fordel af en meget høj international anseelse og har investeret store ressourcer i reklame; dens markedsandel er under alle omstændigheder fortsat meget lille. HB-mærkets særlige styrke på det relevante marked og det brede udvalg, der tilbydes under dette mærke, er en hindring, som gør det endnu mere vanskeligt at konkurrere med HB.

(196) Som følge af de ovenfor beskrevne adgangsbarrierer er nye virksomheder i praksis udelukket fra at få solgt deres produkter i mange detailforretninger. Når det er muligt at komme ind på markedet, kan det kun ske med store omkostninger, hvorved der opstår en særlig hindring for små og mellemstore virksomheders adgang til markedet. De eksisterende leverandørers udvidelsesmuligheder på markedet er på samme måde begrænset. De relative numeriske og vægtede distributionstal, som de forskellige isleverandører har opnået, viser

klart, hvor vanskeligt det er at opnå en omfattende distribution (jf. betragtning 46-52): ingen leverandør når op i nærheden af det distributionsniveau, der er opnået af HB. Mars havde f.eks. opnået en højere markedsindtrængning i året efter dets adgang til markedet (da detailhandlerne havde anbragt dets produkter i HB-frysere), end det har været i stand til at opnå i de mere end fem år, der er gået siden (jf. betragtning 47 og 48). Nestlé, som kom ind på markedet i 1994, har siden da haft et uændret numerisk distributionsniveau, og kun en mindre stigning i det vægtede niveau (jf. betragtning 50). Effektiviteten af disse barrierer forstås af de leverandører, der stiller en fryser til rådighed med en eksklusivitetsklausul. Dette illustreres tydeligst af HB's forskellige reaktioner på Mars' etablering på markedet i 1989 (jf. betragtning 64-68): det fremgår tydeligt af virksomhedens dokumenter, at HB's fastholden af frysereksklusivitet ikke blot skyldtes bekymring for »krænkelse« af dets ejendomsret, men at HB nærmere betragtede eksklusivitet som en meget nyttig metode til at kontrollere en ny konkurrents adgang og udvidelsesmuligheder.

(197) Som nævnt ovenfor betyder de store investeringer i tilrådighedsstillelse af frysere, at andre investeringer er blevet forsømt, og at leverandørernes afsætning af ressourcer formentlig vil medføre en fordrejning af konkurrencen på det relevante marked. Konkurrenter, som er tvunget til at investere så voldsomt for at opnå fysisk distribution, navnlig når de skal ind på et marked, kan blive nødt til at forsømme andre aspekter af markedsføringen af deres produkter. En sådan markedsføring (reklame, salgsfremmende foranstaltninger osv.) er af særlig stor betydning, når virksomheden kommer ind på markedet, som også er det tidspunkt, hvor det er særdeles vigtigt at investere i frysere. Nye markedsdeltagere eller leverandører, der forsøger at vokse på markedet, begrænses ligeledes i deres muligheder for at være nyskabende og udvikle nye produkter — til skade for ikke blot disse leverandører, men også for forbrugerne — som følge af disse omkostninger ved at opnå eller øge distributionsniveauet.

(198) Som påvist ovenfor bevirker nettene af leverandøreksklusive frysere en alvorlig begrænsning i det antal af konkurrenternes produkter, som en forretning kan tilbyde. Eftersom konkurrencen inden for impulsprodukter i høj grad ligger inden for forretningen på grund af den spontane karakter af efterspørgslen, der opstår som en tilskyndelse til at købe (jf. betragtning 12), resulterer dette i en alvorlig begrænsning af konkurrencen mellem mærkerne (konkurrence mellem leverandører) på det relevante marked. Når en forretning kun er i stand til at tilbyde en enkelt leverandørs produkter, er en sådan konkurrence fuldstændig udelukket i forbrugerleddet: konkurrencen består kun mellem de forskellige produkter, der tilbydes af den samme leverandør. Dette er tilfældet i mere end halvdelen af alle detailforretninger på det relevante marked, hvor der udelukkende er en eller flere leverandøreksklusive frysere i forretningen ([81]). Under disse omstændigheder vil priskonkurrencen mellem leverandørerne sandsynligvis blive reduceret ([82]). Forbrugerne lider således under både et ringere udvalg af konkurrerende produkter og under virkningerne af en svagere priskonkurrence.

(199) De skadelige virkninger for detailhandlerne som følge af nettene af leverandøreksklusive frysere består i en begrænsning af deres muligheder for at tilbyde komkurrerende leverandørers produkter, hvorved de kun har begrænsede muligheder for at vælge fra sådanne leverandørers udvalg i overensstemmelse med efterspørgslen eller den formodede efterspørgsel. Denne begrænsning kan også føre til, at detailhandleren mister muligheden for at blive mere effektiv og således mere rentabel, på grundlag af hans produktudvalg: en detailhandler fører ofte produkter i leverandøreksklusive frysere, som han ikke nødvendigvis ville udbyde, hvis der ikke var tale om eksklusivitet. De eksklusive net kan ligeledes ofte resultere i en ineffektiv fordeling af pladsen inden for en forretning (som drøftet ovenfor); jo mere en detailhandler forsøger at kompensere for sin manglende mulighed for at føre alle de produkter, han ønsker at udbyde til salg til kunderne, ved at acceptere, at der opstilles flere frysere, jo tydeligere bliver denne mangelfulde udnyttelse af pladsen.

([81]) 56 % ifølge Lansdowne-undersøgelsen, se betragtning 92; mindst 60 % ifølge Rosslyn-undersøgelsen, nr. 108. HB står over for direkte konkurrence inden for forretningerne fra andre ismærker i [...] af de af B&A undersøgte forretninger, hvor HB's produkter sælges (jf. betragtning 116).

([82]) I juni/juli 1995 kørte Mars en særlig priskampagne, hvorved det reducerede de anbefalede detailsalgspriser (og således også forhandlerpriserne) på dets isstangsprodukter med over 20 %: HB reagerede ikke på dette fremstød — jf. Mars' skrivelse af 9. august 1996. Mars kørte samme kampagne igen i sommeren 1996; der var heller ikke denne gang nogen reaktion. Kampagnen syntes heller ikke at påvirke HB's markedsandel, som steg i den pågældende periode.

(200) HB's fryseraftaler — som det største og mest omfattende enkelte kompleks af aftaler om leverandøreksklusive frysere — bidrager i høj grad til de netop beskrevne konkurrencebegrænsende virkninger. I forbindelse med HB's aftalekompleks forstærkes disse virkninger rent faktisk af HB's stærke stilling på markedet. I de forretninger, hvor de eneste frysere i forretningen er HB-frysere (ca. 40 % af alle forretninger på det relevante marked), står HB overhovedet ikke over for nogen konkurrence mellem mærkerne i forburgerleddet.

6. *Sandsynligheden for, at handelen mellem medlemsstater påvirkes*

(201) Når de omhandlede HB-fryseraftaler af ovennævnte grunde medfører, at detailhandlerne ikke er frit stillet med hensyn til at føre og udbyde impulsisprodukter fra konkurrerende leverandører, hindres disse leverandører, uanset deres geografiske beliggenhed og varernes oprindelse, i at få adgang til de pågældende detailforretninger. Denne begrænsning af detailhandlernes og leverandørernes muligheder betyder, at udenlandske konkurrenters mulighed for at trænge ind på det irske marked vanskeliggøres, med den konsekvens, at handelen med isprodukter formentlig er lavere, end den ellers ville være. Udenlandske leverandørers muligheder for at etablere sig på det irske impulsismarked påvirkes negativt af fryseraftalerne, hvilket bidrager til at styrke afskærmningen af de nationale markeder ([83]). Der foregår i øvrigt en betydelig handel mellem Irland og andre medlemsstater inden for isprodukter, således som det bl.a. fremgår af importen af alle Mars' isprodukter fra Frankrig og af importen af en del af HB's produkter til Irland (jf. betragtning 25 og 29). HB's fryseraftaler kan derfor påvirke handelen mellem medlemsstater.

7. *Mærkbarhed*

(202) Den del af HB's kompleks af fryseraftaler, der er omhandlet under betragtning 184, er imidlertid kun i strid med artikel 85, stk. 1, hvis den påvirker konkurrencen og handelen mellem medlemsstater i mærkbar grad. Det er fastslået, at denne del af HB's kompleks af fryseraftaler angår frysere, der er opstillet i ca. 40 % af alle forretninger på det relevante marked, svarende til ca. 40 % af det samlede impulsissalg på det relevante marked. Dette er i sig selv — men navnlig sammen med de vidtrækkende konkurrencebegrænsende virkninger som følge af de forskellige komplekser af leverandøreksklusive fryseraftaler, der anvendes af leverandørerne på det relevante marked som helhed, og på baggrund af de øvrige relevante markedsforhold, der er drøftet ovenfor — tilstrækkeligt bevis på, at der er tale om en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater.

(203) Det kan således konkluderes, at den del af HB's kompleks af fryseraftaler, der angår frysere, som er opstillet i forretninger, hvor den eller de eneste frysere i forretningen er stillet til rådighed af HB, opfylder betingelserne for anvendelse af artikel 85, stk. 1.

(204) HB har hævdet, at Kommissionen ikke har overholdt princippet om ligebehandling, i og med at den har draget en konklusion udelukkende i relation til HB's net af leverandøreksklusive frysere, og ikke i relation til de net, der benyttes af HB's konkurrenter på det relevante marked, hvorved HB stilles ugunstigt i konkurrencen. Hertil skal svares, at Kommissionen har taget hensyn til de samlede konkurrencebegrænsende virkninger som følge af andre net af leverandøreksklusive frysere på markedet. Kommissionens undersøgelse har imidlertid ikke vist, at nogen enkelt leverandørs net af leverandøreksklusive frysere (eller del deraf) bidrager i særlig grad til en afskærmning af det relevante marked ud over den afskærmning, der skyldes den relevante del af HB's eget net (jf. betragtning 95).

(205) Efter HB's opfattelse kræves det ikke i artikel 85, stk. 1, at alle hindringer for tilgængeligheden af de forskellige producenters impulsisprodukter i enhver forretning på det relevante marked skal fjernes. I den forbindelse har HB derfor henvist til Domstolens begrundelse i Delimitis ([84]) og konkluderet, at konkurrenterne kun behøver at have adgang til det mindste antal salgssteder, der er nødvendigt for, at distributionssystemet er rentabelt (præmis 21 i dommen). Efter HB's mening behøver konkurrenterne kun at have en vis

([83]) Jf. Langnese, præmis 119-124.

([84]) Delimitis, sag 234/89.

udvidelsesmulighed på markedet. HB mener, at disse betingelser er opfyldt, hvis en leverandør uanset omkostningerne er i stand til at opnå en minimal markedsindtrængning med et positivt resultat.

(206) I relation hertil skal det understreges, at eksklusivaftaler af denne art ikke i sig selv bør anses for overtrædelser af artikel 85, stk. 1, uden henvisning til den sammenhæng, hvori de konstateres (jf. betragtning 129). Det påstås heller ikke, at alle hindringer for tilgængeligheden af de forskellige producenters impulsisprodukter i enhver forretning på det relevante marked skal fjernes i henhold til artikel 85, stk. 1. Når en leverandørs kompleks af eksklusivaftaler (eller en kendelig del deraf) forårsager de meget store konkurrencebegrænsende virkninger, der er beskrevet ovenfor, og derved påvirker handelen mellem medlemsstater, er det pågældende aftalekompleks imidlertid uforeneligt med fællesmarkedet.

(207) HB har endvidere hævdet, at eksklusivitetsklausulen i virksomhedens fryseraftaler falder uden for artikel 85, stk. 1, som en begrænsning, der er underordnet disse aftalers ellers legitime målsætning, nemlig at stille anlæg til rådighed for detailhandlerne, så de bliver i stand til at opbevare is med henblik på salg([85]). Hertil skal svares, at en sådan begrænsning kun kan falde uden for artikel 85, stk. 1, når den er direkte relateret til og objektivt nødvendig for dette formål. Da der ikke er nogen objektivt nødvendig forbindelse mellem leveringen af frysere til detailhandlere med henblik på opbevaring af impulsis og eksklusivitetsklausulen, kan der ikke være tale om en underordnet betingelse.

(208) HB mener, at Kommissionen tager fejl, når den konkluderer, at fryseraftaler, der »rent faktisk kan opsiges efter ønske« (idet HB tilsyneladende ikke forsøger at håndhæve kravet om to måneders varsel), kan medføre en de facto-binding af den art, der er henvist til under betragtning 184. En »midlertidig forbindelse« af denne art er ifølge HB ikke forenelig med eksistensen af en sådan binding. Kommissionen er ikke enig heri. Fryseraftalerne er af ubestemt varighed, og de kan bringes til ophør på initiativ af en af parterne. Erfaringerne viser, at kontraktforholdet langt fra er af midlertidig karakter. Den økonomiske realitet er, således som det også bekræftes af markedsundersøgelsen, at detailhandlere, som tager imod HB-frysere, kun meget sjældent udskifter dem med deres egne eller konkurrenternes frysere (jf. betragtning 158 ff). HB's fryseraftaler erstattes næsten uvægerligt af identiske fryseraftaler (jf. betragtning 111).

(209) HB accepterer heller ikke, at der er bevis for, at kategorien af forretninger, som udelukkende har HB-frysere, og som er beskrevet under betragtning 184, er lukket for konkurrenterne, eller at der er nogen årsagssammenhæng mellem denne restriktive virkning og eksklusivitetsklausulen i HB-fryseraftalerne vedrørende disse forretninger. I den forbindelse støtter HB sig hovedsagelig til, i hvor høj grad disse detailhandlere tilsyneladende er tilfredse med deres eksisterende leveringsordninger. HB hævder, at de forretninger, hvor »detailhandleren ikke er interesseret i at føre et andet ismærke«, ikke bør medtages i en korrekt beregning af afskærmningsgraden. HB påpeger endvidere, at den tydelige lave efterspørgsel blandt forbrugerne efter andre mærker end HB i de pågældende forretninger sandsynligvis er grunden til denne manglende interesse.

(210) Kommissionen kan heller ikke acceptere denne argumentation. En aftale mellem to parter kan forårsage en begrænsning af konkurrencen efter artikel 85, stk. 1, uanset parternes begrundelse for at indgå en sådan restriktiv aftale. Navnlig vil enhver form for eksklusiv indkøbsordning i princippet være i konflikt med artikel 85, stk. 1, når den bevirker en væsentlig udelukkelse af tredjepartsleverandører, til trods for at den part, der er omfattet af eksklusiviteten, på et givet tidspunkt kan give udtryk for, at han ikke er interesseret i at købe hos sådanne eventuelle tredjeparter. Hvad angår den tilsyneladende lave forbrugerefterspørgsel efter andre mærker end HB, skal det påpeges, at konkurrenternes manglende evne til at få adgang til storstilet distribution af disse impulsprodukter er en af de vigtigste årsager til den manglende efterspørgsel, navnlig i forbindelse med

([85]) HB har anført, at »eksklusivitetsklausulen for frysere er nødvendig for at få fuldt udbytte af systemet«, og oplyser endvidere bl.a., at den ikke er »urimeligt restriktiv« og således falder uden for artikel 85, stk. 1, som en underordnet begrænsning.

produkter, der er nye på markedet (jf. betragtning 12 og 44). Uden eksklusivitetsklausulen kunne detailhandlerne lettere overtales til at føre ydeligere produkter, idet dette under sådanne omstændigheder ikke ville kræve udskiftning af en eksisterende eller opstilling af en ekstra fryser. Det må forventes, at tilstedeværelsen af et sådant yderligere mærke vil stimulere en højere efterspørgsel blandt forbrugerne efter andre mærker end HB.

8. *Ejendomsret*

(211) HB har påstået, at anvendelsen af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 ([86]), på eksklusivitetsklausulen i virksomhedens fryseraftaler vil være det samme som indblanding i dens ejendomsret i modstrid med EF-traktatens artikel 222, idet det herved vil blive tilladt at opbevare andre producenters produkter i dens frysere.

(212) Kommissionen kan ikke acceptere denne påstand. I Fællesskabets retsorden er ejendomsretten — som fastsat i EF-traktatens artikel 222 — sikret i overensstemmelse med de fælles principper i medlemsstaternes forfatninger. I alle medlemsstaters forfatninger anerkendes det imidlertid, at udøvelsen til forskel fra essensen af ejendomsretten kan begrænses i almenhedens interesse, og i det omfang dette anses for nødvendigt ([87]).

(213) Som en af de grundlæggende bestemmelser i fællesskabsretten tjener EF-traktatens artikel 85 almenhedens interesse. Endvidere berører anvendelsen af artikel 85, stk. 1, i denne sag ikke HB's anvendelse af sin ejendomsret, men de restriktioner, som virksomheden pålægger andre, som den har givet ret til at anvende sin ejendomsret. Endvidere ville HB's udøvelse af sin ejendomsret i denne sag kun være begrænset i det omfang, det er nødvendigt for at sikre, at konkurrencen på fællesmarkedet ikke fordrejes (EF-traktatens artikel 3, litra g)).

(214) Som et generelt princip afspejles denne holdning i Kommissionens blokfritagelser med hensyn til bl.a. forbud mod handel med konkurrerende produkter indeholdt i eksklusive købsaftaler (jf. Kommissionens forordning (EØF) nr. 1984/83 ([88]), ændret ved akten vedrørende Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse, artikel 8, stk. 2, litra b)), og forpligtelser, som der kan gives fritagelse for, indeholdt i teknologioverførselsaftaler (Kommissionens forordning (EF) nr. 240/96 ([89]), artikel 1). I disse forordninger er restriktioner, som indehaverne af ejendomsrettigheder pålægger brugerne af disse rettigheder, under visse omstændigheder fritaget, og er således i første omgang i strid med artikel 85, stk. 1 ([90]).

(215) HB har hævdet, at eksklusivitetsklausulen i dens aftaler er analog med de tilladte typer forpligtelser, f.eks. i henhold til artikel 2 i forordning (EF) nr. 240/96, særlig dem, der er anført i stk. 1, nr. 8, og stk. 1, nr. 2. Disse klausuler tillader begrænsninger for særlige »tekniske anvendelsesformål« og begrænsninger, der forbyder meddelelse af underlicenser. Denne analogi holder ikke af følgende grunde:

(216) For det første ville en begrænsning med hensyn til »anvendelsesområde« angå brugen af fryseren til opbevaring af is i modsætning til andre produktkategorier; eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler begrænser imidlertid brugen af fryseren til opbevaring af lignende produkter fra forskellige producenter. Selv om begrænsningen med hensyn til »anvendelsesområde« skulle blive anset for at svare til eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler, udelukker artikel 2 i forordning (EF) nr. 240/96 ikke muligheden af, at sådanne forpligtelser kan være konkurrencebegrænsende under visse omstændigheder, således som det her er tilfældet.

(217) For det andet berører denne sag ikke HB's ret til som indehaver af ejendomsretten at nægte andre parter end den detailhandler, som fryseren er leveret til, ret til at anvende den pågældende fryser. Det er snarere hensigten at give detailhandleren mulighed for at udøve sin erhvervsmæssige valgfrihed ved at give ham lov til at beslutte, hvilke produkter han ønsker at føre i sin forretning. Denne sag tager derfor sigte på kontraktbestemmelserne vedrørende de betingelser, på hvilke

([86]) Dette spørgsmål drøftes yderligere i relation til artikel 86 nedenfor.
([87]) Sag 44/79, Hauer, Sml. 1979, s. 3727, præmis 18.
([88]) EFT L 173 af 30.6.1983, s. 5.
([89]) EFT L 31 af 9.2.1996, s. 2.
([90]) Jf. Kommissionens beslutning 88/491/EØF — Aalsmeer Bloemenveilingen, EFT L 262 af 22.9.1988, s. 27.

detailhandleren må anvende den ejendomsret, som ejeren har stillet til hans rådighed mod betaling af leje.

(218) HB har endvidere hævdet, at det vil lide betydelig konkurrencemæssig skade, hvis konkurrerende tredjeparter — ved at tilskynde detailhandlerne til også at benytte de frysere, som HB leverer, til opbevaring af disse konkurrenters produkter — kunne undgå de omkostninger, som de ellers selv skulle afholde, hvis de skulle levere deres egne frysere til salgsstedet. HB påstår, at andre producenter således drager fordel af den investering, som HB har foretaget.

(219) I relation til dette argument må det ikke glemmes, at det i sidste instans er detailhandlerne, der betaler for fryserne, ikke HB. Det bør ligeledes påpeges, at der ikke nødvendigvis er nogen objektiv forbindelse mellem eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler og arrangementerne for tilbagebetaling af HB's investeringer i disse frysere. Indregningen af dette omkostningselement i isprisen til detailhandlerne er et valg, som HB har foretaget ud fra egne kommercielle betragtninger. Med andre metoder til at indtjene investeringerne i fryserne kunne det undgås, at detailhandleren blot vælter disse omkostninger over på forbrugerne gennem den pris, han forlanger for HB's produkter. Anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler forhindrer f.eks. ikke HB i at opkræve særskilt leje for fryseren, som er tilstrækkelig til at dække de samlede omkostninger ved denne investering. Selv om HB påstår, at opkrævningen af en sådan leje vil medføre ydeligere transaktionsomkostninger i forbindelse med administrationen og opkrævningen af lejebetalingerne, vil dette næppe være en alt for stor byrde for HB, idet virksomheden allerede fakturerer kunderne i relation til selve isen og modtager betalinger fra disse kunder.

(220) HB påstår endvidere i denne forbindelse, som beskrevet under betragtning 230, at hvis det indfører et særskilt lejesystem, vil det medføre store omkostninger, ikke være attraktivt for detailhandlerne og tilskynde detailhandlerne til at vende sig mod HB's konkurrenter for at få stillet frysere til rådighed »gratis«. Kommissionen kan kun besvare denne påstand på samme måde som under betragtning 231.

B. ARTIKEL 85, STK. 3

(221) Bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, kan ikke, i henhold til artikel 85, stk. 3, erklæres uanvendelige på fryseraftaler, der er indgået mellem HB og detailhandlere, og som vedrører frysere opstillet i forretninger, hvor den eller de eneste frysere i forretningen er stillet til rådighed af HB, af følgende grunde.

1. *Bedre fordeling af varerne*

(222) De forbedringer i distributionen, der kan opnås som følge af den del af HB's kompleks af fryseraftaler, der er i strid med artikel 85, stk. 1 (jf. betragtning 203), skal opvejes mod disse aftalers konkurrencebegrænsende virkning, herunder især hvorledes de på det relevante marked begrænser konkurrerende isleverandørers adgang til detailledet og i sidste instans til kunderne.

(223) Den konkurrencebegrænsende virkning som følge af den relevante del af HB's kompleks af fryseraftaler kan stort set sammenlignes med virkningen af eksklusive købsforpligtelser. Det hedder i betragtning betragtning 5 i forordning (EØF) nr. 1984/83 om anvendelse af artikel 85, stk. 3, på kategorier af eksklusive købsaftaler, at eksklusive købsaftaler »i almindelighed medfører en forbedring af distributionen«. De »gør det muligt for leverandøren at planlægge afsætningen af sine varer mere nøjagtigt og i længere tid i forvejen, og de sikrer videreforhandleren en regelmæssig dækning af hans behov i aftaleperioden; de deltagende virksomheder opnår derved mulighed for at begrænse risikoen for markedssvingninger og for at nedbringe salgsomkostningerne«.

(224) HB's fryseraftaler kan sikre HB selv eller de detailhandlere, der er aftaleparter, nogle af eller alle de fordele, der er beskrevet i betragtning 5 i forordning (EØF) nr. 1984/83. Det forhold, at disse aftaler kan være til fordel for aftaleparterne, er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at udgøre en forbedring af fordelingen af varerne i henhold til artikel 85, stk. 3. De skal snarere indebære mærkbare objektive fordele for almenheden, der kan opveje de ulemper, som de medfører for konkurrencen [91].

[91] Jf. forenede sager 56 og 58/64, Consten/Grundig, Sml. 1966, s. 299, s. 348; se også Langnese, præmis 180.

(225) En objektiv fordel af denne art, som eksklusive købsforpligtelser kan tænkes at give, er en styrkelse af konkurrencen mellem forskellige mærker (betragtning 6 i forordning (EØF) nr. 1984/83). Det er klart, at de pågældende fryseraftaler i høj grad styrker HB's stilling på det relevante marked, navnlig med hensyn til potentielle konkurrenter. En styrkelse af en virksomhed, som er lige så vigtig på markedet som HB, fører imidlertid ikke til mere, men til mindre konkurrence, fordi denne virksomheds aftalekompleks udgør en væsentlig hindring for andres adgang til markedet samt for de eksisterende konkurrenters udvidelsesmuligheder på markedet.

(226) HB har f.eks. påpeget betydningen af »merchandising« i forbindelse med salg af mærkevarer; eksklusivitetsklausulen sætter HB i stand til at markedsføre virksomhedens forskellige produkter/mærker samlet, idet mærkerne giver hinanden prestige og troværdighed og normalt kan drage fordel af, at de er synlige på afstand og befinder sig på en iøjnefaldende plads i en forretning. Ifølge HB betyder omfanget af HB's udvalg, at en HB-fryser normalt vil opfylde forbrugernes efterspørgsel efter forskellige typer impulsisprodukter. HB påpeger, at uden eksklusivitet ville nogle af dets produkter (navnlig »billigere impulsprodukter i den lavere ende«) måske blive fortrængt. Fordelene for HB som følge af eksklusivitetsklausulen styrker helt klart HB's stilling på markedet, og i de forretninger, hvor der kun er leverandøreksklusive frysere, navnlig forretninger med en eller flere HB-frysere, medvirker de til at hindre adgangen til og udvidelsesmulighederne på dette marked som beskrevet ovenfor under artikel 85, stk. 1.

(227) De mange frysere i detailforretninger til salg af impulsisprodukter (omfattende hele det geografiske marked og hovedsagelig som følge af HB's net af frysere) kan anses for en objektiv fordel (med hensyn til fordelingen af varer), som er i almenhedens interesse. I den henseende har HB anført, at det ikke kan antages, at det forstat vil være attraktivt for virksomheden at stille frysere til rådighed for alle de forretninger, som den i øjeblikket forsyner med en eller flere frysere, hvis eksklusivitetsklausulen i fryseraftalerne skulle blive fjernet. HB har hævdet, at hvis det skulle standse leveringen af frysere til en række af disse detailhandlere, er det sandsynligt, at nogle af dem ikke længere vil fortsætte med at sælge impulsis overhovedet, idet de ikke vil være i stand til at afholde de nødvendige investeringer til installering af deres egne frysere.

(228) I relation til denne påstand skal det påpeges, at det er usandsynligt, at detailhandlerne helt vil ophøre med at få tilbudt frysere — uanset betingelserne — af HB undtagen i et begrænset antal tilfælde, hvis HB's mulighed for at påtvinge en eksklusiv forpligtelse i relation til disse frysere skulle blive begrænset. Den kommercielle realitet for en virksomhed som HB, der ønsker at bevare sin stærke stilling på markedet, er, at den vil bestræbe sig på at være repræsenteret i så mange forretninger som muligt, selv dem, hvor salget af impulsis ikke er særlig stort. Som beskrevet ovenfor er synlighed og tilgængelighed vigtige faktorer for alle impulsprodukter. Behovet for at sikre salget og således omsætningen er tilstrækkelig tilskyndelse for en isleverandør, navnlig en leverandør med et produktudvalg og en markedsandel af samme omfang som HB's, til fortsat at sørge for, at detailforretningerne er i stand til at føre dens produkter med henblik på salg til forbrugerne. Selv i en situation, hvor fryserne i en forretning ikke længere er underlagt eksklusivitet, kan det endvidere forventes, at de produkter, der opbevares i fryserne, mere eller mindre vil afspejle de forskellige producenters forskellige markedsandele på det relevante marked. HB kan derfor — udelukkende på grundlag af produktets stærke stilling — fortsat forvente at opnå en meget betydelig andel af issalget i sådanne forretninger. Det er derfor ikke sandsynligt, at HB løber risikoen for fuldstændig at miste dette salg ved at ophøre med at stille frysere til rådighed for forretninger, som ellers ville vælge ikke mere at føre is overhovedet. HB har under alle omstændigheder en politik med kun at levere frysere til detailhandlere på grundlag af visse etablerede finans- og handelskriterier, som sikrer et minimalt afkast af HB's investering (jf. betragtning 62), med den konsekvens, at de mindst vigtige forretninger på det relevante marked for tiden ofte ikke forsynes med HB-frysere. Det skal i denne forbindelse ligeledes påpeges, at de fleste af de frysere, HB har opstillet i den seneste tid, er opstillet i forretninger med en lav omsætning (jf. betragtning 73).

(229) HB hævder, at hvis det ikke var i stand til at påtvinge frysereksklusivitet, ville det blive ringere stillet i konkurrencen som leverandør, der stiller frysere til rådighed, i forhold til dem, der ikke gør det. HB anfører, at andre isleverandører ville blive i stand til at tilbyde detailhandlerne fordelagtige betingelser, idet de ikke skal afholde udgifterne til levering af frysere. HB har anført, at dets naturlige reaktion under sådanne omstændigheder vil være at ophøre med at stille frysere til rådighed for detailhandlerne. I relation til dette argument må det huskes, at der ikke er tale om, at anvendelsen af artikel 85, stk. 1 (når artikel 85, stk. 3, ikke kan anvendes), på eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler ikke tillader HB at anvende de metoder, det måtte ønske, til at indtjene de investeringer, det har foretaget i frysere. Sådanne metoder behøver ikke at føre til, at andre isleverandører får fordel af HB's investering (jf. betragtning 218 og 219).

(230) HB hævder endvidere, at hvis det indfører et særskilt lejesystem, har det ikke vished for, at detailhandlerne fortsat vil vælge at tage imod HB-frysere. Til støtte for denne påstand peger HB på den fejlslagne afbetalingsordning, som HB indførte i 1995 for at tiltrække detailhandlernes interesse, det generelt lave antal detailhandlerede eller lejede frysere på markedet og detailhandlernes ringe vilje til at købe eller leje deres egne frysere som konstateret i Rosslyn-undersøgelsen. HB påstår, at detailhandlerne under disse omstændigheder vil være mere tilbøjelige til at vende sig mod andre isleverandører på markedet, som måske fortsat stiller frysere til rådighed for detailhandlerne på grundlag af frysereksklusivitet, hvorved HB effektivt udelukkes fra mange af disse forretninger.

(231) I relation til denne påstand skal det anføres, at årsagerne til, at den afbetalingsordning, som HB indførte i 1995, slog fejl, ikke blot var, at detailhandlerne principielt var imod at eje eller leje deres egne frysere. Lansdowne-undersøgelsen viste nærmere (jf. betragtning 100), at den vigtigste årsag var tilfredshed med de eksisterende arrangementer — erfaringerne viser, at detailhandlere, som står over for valget mellem at låne en »gratis« HB-fryser eller købe en på afbetaling, uvægerligt har valgt den første mulighed. Dette betyder ikke, at såfremt der ikke havde været tale om frysereksklusivitet, ville detailhandlerne ikke fortsætte med at føre is: B&A-undersøgelsen viste, at over [. . .] % af detailhandlerne sagde, at de fortsat ville gøre det under sådanne hypotetiske omstændigheder, og at mange ville vælge at købe/lease deres egen fryser til det formål (jf. betragtning 120). I relation til HB's påstand om, at detailhandlerne i stedet for vil vende sig mod HB's konkurrenter for at låne »gratis« leverandøreksklusive frysere, kan det kun siges, at hvis detailhandlerne gør dette i et sådant omfang, at det eller disse net af leverandøreksklusive frysere (og når disse er de eneste frysere i disse forretninger) derefter bidrager betydeligt til den generelle afskærmning af det relevante marked, så vil den eller de relevante dele af sådanne net ligeledes være i strid med artikel 85, stk. 1.

(232) Det kan imidlertid ikke udelukkes, at HB kan vælge at ophøre med at levere frysere til et bestemt mindre antal forretninger, f.eks. dem, der ikke længere opfylder visse kriterier vedrørende salget af HB-is eller afstanden fra et HB-depot. Disse forretninger vil ikke nødvendigvis alle ophøre med at føre impulsis som følge heraf. En sådan detailhandler kan vælge at købe/lease sin egen fryser, eller en anden isleverandør kan beslutte at stille en fryser til rådighed for ham. Andre konkurrerende producenter har måske en politik med at stille frysere til rådighed for forretninger, der har en lavere omsætning inden for impulsis end en omsætning, der ville gøre forretningen berettiget til en HB-fryser, og på bedre betingelser, end detailhandleren selv kunne forvente at opnå.

(233) Selv om sådanne konkurrenter ikke er rede til at levere frysere til forretninger, hvor HB har fjernet sine frysere, eller hvor HB vælger ikke at stille dem til rådighed, består der stadig den mulighed, at fryserne kan opstilles af uafhængige forhandlere, som opnår leverancer fra forskellige kilder og opfylder alle disse forretningers behov. Det forhold, at der i øjeblikket er så få uafhængige forhandlere af denne art, skyldes i det mindste delvis eksklusivforpligtelserne som følge af de fryseraftaler, der er almindelige i branchen, sammen med den førende leverandørs (HB's) politik med direkte levering til næsten alle forretninger. Uden

fryseeksklusivitet ville kundernes forsyning med is derfor sandsynligvis ikke blive påvirket i væsentlig grad.

(234) Den eventuelle mindre reduktion i antallet af forretninger, som fører impulsis på det relevante geografiske marked, der kan opstå, hvis man dropper eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler indgået i relation til frysere, der er opstillet i forretninger med en eller flere HB-frysere, skal opvejes mod disse aftalers konkurrencebegrænsende virkning. I forbindelse med denne vurdering kan den fordel, der opstår, fordi et lille antal forretninger kun vil fortsætte med at føre impulsis, hvis eksklusivitetsklausulen i det pågældende kompleks af HB-fryseraftaler opretholdes, ikke opveje de ulemper, der opstår som følge af den konkurrencebegrænsning, som disse aftaler medfører som helhed.

(235) I den forbindelse skal der henvises til den afbetalingsordning, som HB indførte i 1995. Det var planen, at denne ordning skulle tilskynde detailhandlerne til at købe deres egne frysere, således at der kunne ske en omfattende strukturel ændring på markedet, som eventuelt kunne have gjort det muligt at reducere den konkurrencebegrænsende virkning af HB's net i et sådant omfang, at dets fordele for fordelingen af varerne kunne opveje dets konkurrencebegrænsende virkning. Dette var imidlertid en fejlopfattelse (jf. betragtning 71).

(236) HB har også hævdet, at dets distributionsaftaler fører til effektivitet med hensyn til planlægning, logistik og distribution; HB påstår, at aftalerne letter planlægningen af leverancerne og forsyningsrytmen; arrangementerne fører til effektivitet med hensyn til distributionen, idet »drop sizes« (den mængde, detailhandleren aftager i en enkelt levering) til frysere, som kun fører HB's produkter, er større, end de ville være uden eksklusivitet, og at en høj koncentration af HB's frysere også bidrager til en sådan effektivitet. Som påpeget ovenfor (jf. betragtning 224) er det forhold, at fryseraftalerne kan være fordelagtige for HB og endog for detailhandlerne, ikke tilstrækkeligt til at udgøre en forbedring af fordelingen af varerne i henhold til artikel 85, stk. 3; aftalerne kan kun anses for at føre til en sådan forbedring, når det kan påvises, at fordelene er af objektiv art. Medens det er klart, at HB's nuværende distributionsmetode kan give HB selv og detailhandlerne fordele med hensyn til effektiviteten, skal det imidlertid påpeges, at HB's eksklusivarrangementer har den virkning, at de underminerer andre impulsisleverandørers effektivitet, idet det rent faktisk kræves af dem, at de ikke blot skal konkurrere om at levere is, men også om at stille frysere til rådighed for detailhandlerne på fordelagtige vilkår. Resultatet er en styrkelse af HB's stilling på det relevante marked, hvorved barriererne for adgang til eller ekspansion på dette marked forstærkes. Som sådan opvejes eventuelle fordele som følge af aftalerne klart af de ulemper, de medfører i form af en begrænsning af konkurrencen.

(237) I forbindelse med en vurdering af fordelene ved HB's net af frysere bør der tages hensyn til de stordriftsfordele, der kan opnås i forbindelse med indkøb og vedligeholdelse af frysere (jf. betragtning 63). HB har hævdet, at disse stordriftsfordele bidrager til at forbedre fordelingen af varerne i henhold til artikel 85, stk. 3. Det må anerkendes, at eksklusivarrangementer i høj grad tilskynder en producent til at opstille et stort antal frysere, hvorved indkøbs- og vedligeholdelsesomkostningerne reduceres. Det skal imidlertid understreges, at eksklusivitet ikke er en nødvendig forudsætning for at opnå sådanne stordriftsfordele. Der er ingen indlysende grund til, at HB ikke fortsat skulle kunne opnå disse stordriftsfordele i relation til beholdningen af frysere uden eksklusivitet.

(238) Selv om det anerkendes, at det forhold, at isleverandørerne stiller frysere til rådighed for detailhandlerne, medfører en forbedring af fordelingen af impulsis ved bl.a. at fritage detailhandlerne for at skulle bekymre sig om den nødvendige kapital og ulejligheden med at købe og vedligeholde frysere, fremgår det ikke desto mindre af det, der er anført under betragtning 199, at disse fordele lige så godt kan opnås uden kravet om eksklusivitet. Det kan heller ikke påstås, at HB's net kun giver detailhandlerne fordele med hensyn til distributionen. Som drøftet under betragtning 199 medfører nettet også ulemper, idet det i høj grad bidrager til at reducere detailhandlernes mulighed for til at vælge de produkter, som de ønsker at udbyde til salg, samt skaber pladsmæssige problemer i disse forretninger.

2. *Sikre forbrugerne en rimelig andel for fordelen*

(239) I forretninger, hvor der udelukkende er en eller flere HB-frysere, er detailhandlernes frihed til at opbevare og sælge is fra konkurrerende leverandø-

rer begrænset. Den del af HB's net af frysere, der angår de frysere, der er opstillet i disse forretninger, begrænser derved udvalget af impulsisartikler, der tilbydes forbrugerne: disse forretninger fører kun HB's impulsisprodukter. Selv om der i nabolaget findes en anden forretning, der sælger en anden producents produkter, er dette alternativ ikke det samme som at kunne vælge i en enkelt forretning, idet forbrugere af impulsis normalt ikke er kommet med det formål at foretage et køb og normalt heller ikke udskyder en købsbeslutning til senere. Under alle omstændigheder vil der ofte ikke være en sådan valgmulighed. Endvidere vil en forbruger, der ønsker at købe produkter fra forskellige udvalg, finde det upraktisk at skulle opsøge særskilte forretninger for at gøre dette. Han ønsker normalt ikke dette besvær for et impulskøbs skyld. Som følge af det begrænsede udvalg kan forbrugerne derfor ikke anses for at få andel i de eventuelle fordele, som HB's fryseraftaler påstås at indebære. På grund af begrænsningen af konkurrencen mellem mærker som følge af HB's net vil priskonkurrencen mellem leverandørerne formentlig også blive svækket, hvilket er til skade for forbrugerne (jf. betragtning 198).

(240) For så vidt angår stordriftsfordelene i forbindelse med indkøb og vedligeholdelse af frysere og effektiviteten i forbindelse med distributionen (jf. betragtning 222 ff), som skulle fremmes gennem eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler, skal det bemærkes, at med HB's økonomiske styrke, som sætter virksomheden i stand til at forhindre en effektiv konkurrence (jf. betragtning 255 ff), er der ingen garanti for, at disse fordele faktisk videregives til forbrugeren.

3. *Nødvendighed*

(241) Eksklusivitetsklausulen i den relevante del af HB's kompleks af fryseraftaler kan kun karakteriseres som værende nødvendig for at opnå nogen af de påståede fordele, der henvises til ovenfor, hvis den var det mindst restriktive middel til at realisere dem. HB har ikke anført nogen tvingende grund, som antyder, at en sådan påstået objektiv fordel, der fører til en generel forbedring af produktionen og fordelingen til fordel for bl.a. forbrugerne, ikke kan opnås lige så effektivt ved at fjerne eksklusiviteten til fordel for HB's produkter, hvorved der kan ske en »opsplitning« af tilrådighedsstillelsen af frysere og leveringen af is på den under betragtning 219 beskrevne måde.

4. *Muligheden for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer*

(242) I denne forbindelse skal der tages hensyn til hindringerne for adgangen til det relevante marked samt disses indvirkning på de eksisterende konkurrenceforhold inden for markedet. Disse drøftes i detaljer under betragtning 130 ff. Ud fra denne analyse kan det konkluderes, at HB's fryseraftalekompleks som helhed, og i særdeleshed den del af komplekset, der angår frysere, som er opstillet i forretninger, hvor der kun er HB-frysere, udgør en væsentlig hindring for adgangen til det relevante marked eller for udvidelsesmulighederne på dette. Disse hindringer bidrager igen til en reduktion af konkurrencen mellem konkurrerende leverandører på markedet. Som sådan — og især sammen med HB's stærke stilling på det relevante marked — bidrager de i høj grad til at udelukke konkurrencen på dette marked.

(243) Denne udelukkelse af konkurrencen illustreres tydeligt af den meget store andel af detailforretninger på det relevante marked, der i øjeblikket kun er i stand til at tilbyde HB's impulsisprodukter som følge af eksklusivitetsklausulen i den relevante del af HB's fryseraftalekompleks: ca. 40 % af alle forretninger på det relevante marked falder inden for denne kategori og er forretninger, som endvidere tegner sig for ca. 40 % af det samlede salg af impulsis på de relevante markeder (jf. betragtning 156 og 184).

(244) HB's dominerende stilling på det relevante marked, som drøftes nedenfor, sætter HB i stand til at forhindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på markedet. Som sådan må denne stilling anses for en væsentlig hindring for konkurrencen på markedet. Populariteten af HB's impulsisprodukter, som er opbygget over mange år, udgør også en væsentlig hindring for eventuelle ændringer i konkurrencestrukturen på det relevante marked.

(245) De økonomiske forhold, der netop er undersøgt, viser tydeligt, at der er tale om en alvorlig begrænsning af konkurrencen på det relevante marked. Denne vurdering bekræftes af det forhold, at det er længe siden, at der er sket en

væsentlig ændring i konkurrencestrukturen på det relevante marked. Markedet er fortsat domineret af én leverandør, som konsekvent har sikret sig en andel på omkring fire femtedele af markedet, medens en række mindre leverandører (hvoraf nogle er skiftende) udgør resten. HB's fryseraftaler har bidraget til at fastholde denne strukturelle inerti. Disse aftaler, og især dem, der er indgået i relation til forretninger, hvor der kun er HB-frysere, giver således HB mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, således at der ikke kan være tale om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

(246) Den afbetalingsordning for frysere, som HB indførte i 1995 som led i ændringen af virksomhedens distributionsarrangementer (jf. betragtning 69 ff), gav efter Kommissionens opfattelse umiddelbart mulighed for — sammen med de øvrige ændringer, der blev indført på samme tidspunkt — at sikre en omfattende strukturel ændring på markedet. HB gav udtryk for, at ordningen ville tilskynde detailhandlerne til at anskaffe deres egne frysere på grund af de gunstige vilkår. Dermed forventedes ordningen at resultere i en sådan reduktion af konkurrencebegrænsningerne, at de frysere, som HB derefter stillede til rådighed på grundlag af eksklusivitet, ikke længere ville kunne udelukke en væsentlig del af konkurrencen på det relevante marked. Dette blev imidlertid ikke resultatet.

*5. **Konklusion***

(247) HB's fryseraftaler kan derfor ikke fritages i henhold til artikel 85, stk. 3, af ovennævnte grunde. HB's begæring om en sådan fritagelse må følgelig afvises. Det skal bl.a. påpeges, at de forskellige ændringer, som HB har foretaget i sine distributionsordninger (jf. betragtning 69-73) med henblik på, at disse ordninger skulle kunne fritages i henhold til artikel 85, stk. 3, ikke har været i stand til — i modsætningen til Kommissionens første opfattelse (jf. betragtning 6) — at medføre de strukturelle ændringer, som kunne have gjort det muligt at give en fritagelse. Der er henvist specifikt til de forskellige elementer under bl.a. betragtning 228, 230, 231, 235 og 246. Kommissionen kan derfor ikke længere fastholde den »positive holdning«, som den havde til hensigt at indtage, jf. meddelelsen i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17, offentliggjort den 15. august 1995 (jf. fodnote 6).

(248) HB hævder, at Kommissionens afslag på at give en fritagelse er et brud på virksomhedens legitime forventninger. I den forbindelse anfører HB, at det »indgik en handel med Kommissionen«, og at det »opfyldte sin del af aftalen fuldt ud for egen regning«. HB anfører videre, at Kommissionen er »gået fra sin positive holdning«, fordi »et enkelt element i aftalen ikke kunne tiltrække detailhandlernes interesse (nemlig den fejlslagne afbetalingsordning)«. HB påpeger, at grunden til, at denne ordning slog fejl, ligger »fuldstændig uden for HB's kontrol«.

(249) Når HB påberåber sig brud på sine legitime forventninger, forsøger virksomheden at støtte sig til en tilkendegivelse fra Kommissionens side, hvorefter de forslag, HB havde fremsat, ud fra en foreløbig vurdering så ud til at give en række virkninger, som kunne berettige HB's distributionsordninger til en fritagelse efter artikel 85, stk. 3. Denne indledende holdning blev udtrykt i en pressemeddelelse, der blev udsendt efter HB's anmeldelse, og senere i en meddelelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17. At sige at kontakterne mellem Kommissionen og HB skulle have ført til en »aftale« eller »handel«, ifølge hvilken Kommissionen skulle have givet afkald på muligheden for at arbejde hen imod en beslutning om et forbud, er derfor fuldstændigt misvisende. Kommissionen kan naturligvis ikke under nogen omstændigheder indgå en aftale om at undlade at håndhæve regler, som anvendes objektivt. Ingen af Kommissionens første tilkendegivelser, som netop beskrevet, kan give legitime forventninger af en art, der kan omstøde en efterfølgende kommissionsforanstaltning, som ikke stemmer overens med disse indledende tilkendegivelser. I pressemeddelelsen henvistes der udtrykkeligt til den foreløbige karakter af Kommissionens vurdering. En meddelelse efter artikel 19, stk. 3, kan i sagens natur ikke indeholde mere end en bekendtgørelse af Kommissionens foreløbige hensigter, idet formålet med meddelelsen er at indkalde bemærkninger fra tredjeparter, inden der fastlægges en endelig holdning.

(250) Som nævnt ovenfor (jf. betragtning 235 og 246) var Kommissionens foreløbige vurdering baseret på en forventning om, at de ændrede distributionsordninger ville føre til en væsentlig reduktion i afskærmningseffekten som følge af HB's fryseraftaler, fordi udviklingen ville gå i retning af, at detailhandlerne i større omfang ville eje deres frysere. At denne forventning blev skuffet kan ikke tilskrives det forhold, at HB ikke gennemførte de påtænkte ændringer med hensyn til de åbnede

forretninger, men snarere det forhold, at disse ændringer ikke gav de virkninger, som HB havde forventet.

(251) HB er særlig kritisk over for det forhold, at Kommissionens vurdering er baseret på, at et enkelt element i de reviderede ordninger slog fejl — afbetalingsordningen. Hertil skal svares, at afbetalingsordningen ikke blot var et, men det centrale element i de ændrede ordninger og nøglen til den forventede udvikling hen imod flere detailhandlerejede frysere. At ordningen ikke var i stand til at vække interesse hos detailhandlerne medførte derfor uundgåeligt, at de ønskede virkninger udeblev. HB kritiserer endvidere, at Kommissionen skulle have draget en alt for tidlig konklusion om en foranstaltning, som kun var beregnet til at give virkninger på lang sigt. I relation hertil kan det kun siges, at på det tidspunkt, hvor Kommissionen fremsatte sin klagepunktsmeddelelse i januar 1997, havde ordningen allerede været gældende i to issæsoner. Eftersom ikke en eneste detailhandler på det tidspunkt havde valgt at anskaffe sig en fryser under denne ordning, var det rimeligt at antage, at den sandsynligvis ikke ville få nogen virkning på lang sigt.

(252) Efter at Kommissionen havde tilkendegivet over for HB, at betingelserne for at få en fritagelse efter artikel 85, stk. 3, ikke længere syntes at være til stede, udtænkte HB en række nye forslag, som tilsyneladende skulle sikre det ønskede resultat af afbetalingsordningen, og forelagde disse for Kommissionen i juni 1996. Forslagene kan sammenfattes således: i) eksklusivitetsklausulen for to typer mindre frysere, som HB leverede til detailhandlerne, skulle begrænses til fem år; ii) ved afslutningen af femårsperioden ville detailhandleren få »mulighed for at overtage fryseren uden nogen bindinger og til fri anvendelse«; iii) efter en periode på tolv måneder ville en forretning, der tager imod en sådan fryser, være berettiget til det faste beløb i forbindelse med den differentierede prisfastsættelse.

(253) Kommissionen mener, at disse forslag ikke vil gøre HB's distributionsordninger fritagelsesberettigede, hovedsagelig af følgende grunde: i) tilbuddet vil være begrænset til to typer mindre frysere, og mere fundamentalt vil beslutningen om, hvilke forretninger der kan tage imod dette tilbud, ligge hos HB — frem for hos detailhandleren, således som det er tilfældet under den nuværende afbetalingsordning; ii) det vil ikke være muligt at anvende ordningen med tilbagevirkende kraft, og de første virkninger vil således tidligst kunne mærkes fem år efter ordningens indførelse; iii) der vil ikke være nogen garanti for, at fryseren ikke udskiftes med en HB-eksklusiv fryser i femårsperioden, eller kort tid derefter, hvorved eksklusiviteten til fordel for HB vil fortsætte.

(254) HB er af den opfattelse, at Kommissionen ikke har overvejet disse nye forslag alvorligt, og at klagepunktsmeddelelsen burde have indeholdt en vurdering af dem. Kommissionen er ikke enig heri. Grundene til, at de nye forslag ikke ændrer Kommissionens opfattelse af mulighederne for at fritage HB's distributionsordninger, som netop beskrevet, blev detaljeret beskrevet i et brev, som blev sendt til Unilever flere uger efter modtagelsen af forslagene. Dette var en korrekt administrativ reaktion på forslag fremsat af en virksomhed med det formål at opnå en fritagelse efter artikel 85, stk. 3. Eftersom forslagene ikke blev gennemført, var det ikke nødvendigt at tage hensyn til dem i klagepunktsmeddelelsen. Kommissionens holdning i relation til forslagene blev endvidere gentaget under den mundtlige høring i juni 1997.

C. ARTIKEL 86

1. *Dominerende stilling*

i) **Relevant marked**

(255) Det relevante marked, hvor HB's stilling skal vurderes, er markedet for enkeltemballerede impulsisartikler i Irland. Der er ingen grund til at antage — og det har HB da heller ikke gjort — at det geografiske marked og produktmarkedet adskiller sig fra Kommissionens konklusioner i forbindelse med vurderingen på grundlag af artikel 85 (jf. betragtning 120 ff). Irland er en væsentlig del af fællesmarkedet efter artikel 86.

ii) **Økonomisk styrke**

(256) Domstolen har fastslået [92], at den dominerende stilling, der henvises til i artikel 86, vedrører en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne.

(257) En dominerende stilling kan skyldes en kombination af adskillige faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende, men som sammen med andre udgør en sådan stilling; en af de vigtigste er tilstedeværelsen af en meget stor markedsandel.

(258) Meget store markedsandele udgør i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling [93]. Domstolen fastslog i Akzo [94], at under normale omstændigheder er en markedsandel på 50 % et tilstrækkeligt indicium for, at der foreligger en dominerende stilling. I Hilti-sagen [95] anførte Retten i Første Instans: »I den foreliggende sag er det bevist, at Hilti på det relevante marked har en markedsandel på mellem 70 % og 80 %. En sådan markedsandel er i sig selv et klart indicium for, at der foreligger en dominerende stilling på det relevante marked«.

(259) HB har længe haft en mængde- og værdimæssig andel på over 75 % af det relevante marked (jf. betragtning 27). Som følge af produktionens størrelse og leverancernes omfang besidder denne virksomhed en stærk økonomisk position. For mange detailhandlere, der fører HB's is, udgør HB's konkurrenter ikke rimelige alternative forsyningskilder i betragtning af udvalget og popularite-ten af HB's produkter. HB's konkurrenter vil ikke være i stand til effektivt at opfylde sådanne detailhandleres forventninger og efterspørgsel. HB er derfor i praksis en uomgængelig forretningsforbindelse for mange detailhandlere på det relevante marked, således som det illustreres af, at det store flertal af detailhandlere alle vælger at sælge HB's is, og mange af disse sælger udelukkende denne is. HB's stærke stilling bekræftes yderligere af konkurrenternes relative markedsandele samt af deres mere begrænsede produktudvalg [96]. Dette giver HB, i hvert fald i en overskuelig fremtid, den handlefrihed [97], som er karakteristisk for en dominerende stilling [98]. HB's handlefrihed styrkes yderligere af det forhold, at i ca. 40 % af detailforretningerne på det relevante marked, hvilke forretninger tegner sig for ca. 40 % af impulsissalget på det relevante marked, er HB den eneste impulsisleverandør (jf. betragtning 159).

(260) Foruden HB's meget store markedsandel skal der også tages hensyn til andre faktorer, som bidrager til virksomhedens økonomiske styrke. HB indgår i en multinational koncern, som i mange år har produceret og distribueret is i alle medlemsstater og i mange andre lande, hvor Unilever-koncernens virksomheder mange steder er markedsledere. HB har derfor adgang til en etableret knowhow vedrørende produktion og distribution af disse produkter erhvervet gennem virksomhedens erfaringer på disse områder. Ingen anden virksomhed på det relevante marked besidder en sådan grad af relevant viden og erfaring. Endvidere indtager HB en stærk stilling på det tilgrænsende frostvaremarked, og andre virksomheder i Unilever-koncernen indtager lignende stillinger på levnedsmiddelmarkedet som helhed, hvorved det får en yderligere fordel i handelen med købsmandsforretningerne, som er den vigtigste distributionskanal for impulsis i Irland (jf. betragtning 39 ff). HB har desuden et bredt produktudvalg omfattende de fleste af de førende impulsismærker på det relevante marked og et distributionsnet, som er landsdækkende. Det er ligeledes klart, at HB som følge af sin store andel af markedet opnår stordriftsfordele med hensyn til distributionen, som konkurrenterne ikke er i stand til at udnytte i samme omfang.

(261) Under hensyntagen til alle disse faktorer kan det konkluderes, at HB indtager en dominerende stilling på impulsismarkedet i Irland.

[92] Sag 27/76, United Brands, og sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. 1979, s. 461.
[93] Sag 85/76, Hoffmann-La Roche, præmis 41.
[94] Sag C-62/86, Akzo, Sml. 1991, s. I-3439, præmis 60.
[95] Sag T-30/89, Hilti, Sml. 1991, s. II-1439, præmis 92 (bekræftet ved appel af Domstolen, sag C-53/52-P, dom af 2. marts 1994, Sml., s. I-667).
[96] Sag 27/76 United Brands.
[97] Det prisfremstød, som Mars præsenterede i sommeren 1995 (jf. fodnote 82), blev ikke mødt med nogen reaktion fra konkurrenternes side.
[98] Sag 85/76 Hoffmann-La Roche, præmis 41.

2. *Misbrug af dominerende stilling*

i) **Begrebet**

(262) Domstolen har defineret misbrug af en dominerende stilling som »... et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser« ([99]). Mindre konkurrenter bør navnlig ikke skades af en dominerende virksomheds adfærd, forstærket af denne virksomheds styrke på markedet, som er beregnet til at udelukke disse konkurrenter fra markedet, eller som har en sådan udelukkelsesvirkning.

ii) **Overtrædelsen**

(263) HB misbruger sin dominerende stilling på det relevante marked i modstrid med artikel 86, idet virksomheden tilskynder detailhandlere (som beskrevet forneden i betragtning 266), der ikke har en eller flere frysere til opbevaring af impulsis, som de enten selv har anskaffet, eller som er stillet til rådighed af en anden isproducent end HB, til at indgå fryseraftaler med en eksklusivitetsklausul. Tilskyndelsen tager form af et tilbud om at levere frysere til detailhandlerne samt vedligeholde dem uden nogen direkte udgifter for detailhandleren.

(264) Som følge af vanskelighederne med at overtale detailhandlerne til enten at udskifte sådanne frysere eller opstille ekstra frysere i disse forretninger (beskrevet i detaljer under artikel 85, stk. 1, ovenfor) bevirker HB's tilskyndelse af detailhandlerne til at indgå fryseraftaler med eksklusivitetsklausul som beskrevet i foregående afsnit, at disse forretninger de facto bliver eksklusive forhandlere af HB's impulsisprodukter. Dette styrker HB's dominerende stilling og er som sådan i strid med artikel 86. En dominerende leverandørs forsøg på at få en kunde til at indrømme sig eksklusivitet med det formål at forhindre konkurrerende leverandører i at handle med kunden i længere tid er forbudt efter artikel 86, således som Domstolen og Retten i Første Instans har bekræftet i en række sager ([100]).

(265) Når en økonomisk operatør — som i den foreliggende sag — indtager en dominerende stilling på markedet, udgør eksklusiv levering (hvad enten denne er formålet med eller virkningen ([101])) af aftaler indgået af denne operatør) en uacceptabel hindring for adgangen til markedet og svækker den effektive konkurrencestruktur, der er omhandlet i traktatens artikel 3, litra g) ([102]). HB's fryseraftaler med forretninger, hvor der kun er HB-frysere, bevirker, at et betydeligt antal detailhandlere ([103]) (ca. 40 % af alle forretninger på det relevante marked, hvilke forretninger tegner sig for ca. 40 % af impulsissalget på det relevante marked — jf. betragtning 156 og 184) ikke frit kan føre konkurrerende leverandørers is. Som følge af aftalerne får disse detailhandlere alle deres behov dækket udelukkende hos HB. Derved vanskeliggøres andre leverandørers adgang til det relevante marked. Virkningen af en fryseraftale med eksklusivitetsklausul er under disse omstændigheder den samme som virkningen af enhver anden foranstaltning, som er truffet af en dominerende leverandør, og som udelukker dennes konkurrenter fra at handle med den pågældende detailhandler ([104]). Selv om misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, må det konstateres, at HB ikke blot er klar over, men også satser på den udelukkelsesvirkning, som virksomhedens fryseraftaler har (jf. betragtning 64 ff).

(266) Ved at tilskynde detailhandlerne til at indrømme eksklusivitet under de omstændigheder, der er nævnt under betragtning 263, adskiller HB's

([99]) Sag 85/76 Hoffmann-La Roche, Sml. 1979, s. 461, præmis 91.

([100]) Sag 85/76 Hoffmann-La Roche; C-62/86 Akzo; T-65/89 BPB og British Gypsum, Sml. 1993, s. II-389.

([101]) Sag 85/76 Hoffmann-La Roche, præmis 91; 322/81 Michelin, præmis 70.

([102]) Hoffmann-La Roche, præmis 89; BPB og BG, præmis 68, anført ovenfor.

([103]) I T-65/89 BPB og British Gypsum udtalte Domstolen i præmis 68, at »... udgør indgåelse af eksklusivaftaler om leverancer vedrørende en stor del af indkøbene en uacceptabelt hindring for adgangen til dette marked.«

([104]) Sag 85/76 Hoffmann-La Roche, præmis 89; 322/81 Michelin, præmis 70; C-62/86 Akzo, præmis 149; T-65/89 BPB og British Gypsum; C-393/92 NV Energiebedrijf IJsselmij, Sml. 1994, s. I-1477, præmis 44.

adfærd sig fra de betingelser, der gælder for den normale konkurrence inden for forbrugsvarer. Denne praksis er gunstig for detailhandlerne, og udgør derfor en tilskyndelse, fordi den som helhed er praktisk, navnlig det forhold at fryseren også vedligeholdes af HB, og fordi den fritager detailhandlerne for at skulle spekulere på kapitalspørgsmål, herunder risikoen ved en sådan investering. Endvidere giver den detailhandlerne mulighed for at få en fryser, hvis pris afspejler HB's stordriftsfordele i forbindelse med ydelsen af denne service, til en pris, som ingen individuel detailhandler kunne opnå, hvis han valgte selv at købe sin egen fryser. Den griber imidlertid ind i detailhandlernes mulighed for frit at vælge leverandører på grundlag af kvaliteten af de produkter, de tilbyder. Den eksklusivitet, der skyldes tilskyndelsen, skader ikke blot HB's konkurrenter på det relevante marked ved at gøre det vanskeligere at trænge ind på og ekspandere på markedet, men er også i modstrid med detailhandlernes og i sidste instans forbrugernes interesser, idet de førstnævnte forhindres i frit at vælge de produkter, de måtte ønske at føre, og i at vælge, hvordan de bedst udnytter pladsen i forretningen, og de sidstnævnte kan ikke frit vælge de produkter, de måtte ønske at købe. HB misbruger derfor sin dominerende stilling i henhold til artikel 86 ([105]).

(267) HB har hævdet, at fryseraftaler er normal kommerciel praksis på det specifikke marked, der analyseres i forbindelse med denne sag, og derfor ikke udgør et misbrug efter artikel 86. Det er måske korrekt, at brugen af sådanne aftaler er normal praksis på det relevante marked, og at disse kontrakter kan være fordelagtige for begge kontraktparter, idet leverandøren sikrer sig et mindstesalg, og detailhandleren kan regne med forsyningssikkerhed og få fordel af de faciliteter, der stilles til rådighed. Disse overvejelser, som måske gælder i en normal konkurrencemæssig markedssituation, kan imidlertid ikke uforbeholdent accepteres i tilfælde af et marked, hvor konkurrencen allerede er svækket på grund af en virksomheds dominerende stilling. En virksomhed i en dominerende stilling er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet ([106]).

(268) HB har endvidere hævdet, at et forbud mod dets fryseraftaler på grundlag af artikel 86 vil være det samme som at dømme virksomheden til at skade sine egne interesser og straffe den for blot at indtage en dominerende stilling. HB påpeger, at Retten i Første Instans har gjort det klart, at ene og alene det forhold, at en virksomhed i en dominerende stilling indgår aftaler, der begrænser konkurrencen, ikke i sig selv udgør misbrug i henhold til artikel 86 ([107]). I relation hertil skal det understreges, at der med henblik på anvendelsen af artikel 86 skal tages hensyn til omstændighederne omkring aftalerne og navnlig deres indvirkning på konkurrencestrukturen på det relevante marked, når det skal afgøres, om der foreligger et misbrug, således som det er sket under betragtning 264-266.

(269) HB har fremført, at eksklusivitetsklausulen i virksomhedens fryseraftaler er berettiget med henblik på at beskytte virksomhedens ejendomsret mod at blive udnyttet af andre isleverandører. I den forbindelse mener HB, at fællesskabsretten undtagelsesvis kan betragte aspekter af ejendomsrettigheder, f.eks. kontraktbestemmelser, som misbrug under omstændigheder, hvor de kunne beskrives som »unfair« eller »urimelige« ([108]). HB påstår imidlertid, at de sædvanlige betingelser i fryseraftalen, herunder bestemmelsen om frysereksklusivitet, ikke kan betragtes som »unfair«.

(270) Foruden de tidligere argumenter vedrørende udøvelsen af ejendomsretten i forbindelse med artikel 85 (jf. betragtning 211-220) skal det bemærkes, at detailhandlerne betaler en leje, der er inkluderet i isprisen, som modydelse for det udstyr, HB har stillet til deres rådighed. Under sådanne omstændigheder kan en yderligere eksklusivitetsklausul vedrørende lejerens brug af ejendomsretten ikke begrundes med henvisning til ejendomsrettigheder. Den indrømmede eksklusivitet er udelukkende til fordel for leverandøren, på bekostning af detailhandlerens valgfrihed, og kan i så henseende betragtes som unfair. HB benytter sin ejendomsret som en tilskyndelse til at indrømme eksklusivitet i relation til køb af varer

([105]) Sag 85/76 Hoffmann-La Roche, præmis 89; C-62/86 Akzo, præmis 149.
([106]) Sag 322/81 Michelin, præmis 57; T-65/89 BPB og British Gypsum, præmis 67.
([107]) Sag T-51/89 Tetra Pak, præmis 24.
([108]) Sag 247/86 Alsatel, Sml. 1988, s. 5987, præmis 10.

med det resultat, at denne brug i sig selv udgør et misbrug i betydningen i artikel 86 ([109]).

3. *Påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater*

(271) Det er sandsynligt, at HB's misbrug af sin dominerende stilling vil påvirke samhandelen mellem medlemsstater på samme måde, som det blev drøftet i relation til artikel 85 (jf. betragtning 201).

IV. ARTIKEL 3 I FORORDNING NR. 17

(272) Som svar på de begæringer, der er fremsat af Mars og Valley, og som svar på den begæring om negativattest, subsidiært fritagelse, som HB har indgivet for sine distributionsordninger, finder Kommissionen af ovennævnte grunde i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, at følgende forhold i Irland vedrørende enkeltemballerede impulsisartikler solgt gennem detailforretninger udgør overtrædelser:

a) eksklusivitetsklausulen i HB's fryseraftaler vedrørende frysere opstillet i forretninger, hvor den eller de eneste frysere er stillet til rådighed af HB, udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1

og

b) HB's tilskyndelse af detailhandlere, som ikke har en eller flere frysere, som de enten selv har anskaffet, eller som er stillet til rådighed af en anden isleverandør end HB, til at indgå fryseraftaler med en eksklusivitetsklausul ved at tilbyde at stille fryserne til rådighed for detailhandlerne og vedligeholde dem uden direkte omkostninger for detailhandleren, udgør en overtrædelse af artikel 86.

(273) De under litra a) nævnte fryseraftaler, som indeholder eksklusivitetsklausulen, er stadig i kraft. HB tilbyder desuden fortsat frysere på de under litra b) nævnte betingelser. Kommissionen pålægger derfor HB i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 at bringe disse overtrædelser til ophør. Kommissionen pålægger HB at underrette de parter, med hvem HB har indgået de under litra a) nævnte aftaler, om, at hver af disse aftaler er ugyldig, og at HB's tilskyndelse af dem til at indgå de pågældende aftaler under disse omstændigheder udgør et misbrug af virksomhedens dominerende stilling i strid med artikel 86.

(274) HB har givet udtryk for den opfattelse, at når Kommissionen går videre med denne sag, handler den ikke i overensstemmelse med nærhedsprincippet, således som det kommer til udtryk på konkurrenceområdet i meddelelsen af 13. februar 1993 om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole ([110]). HB har hævdet, at den foreliggende sag som angår det irske marked, allerede er analyseret fuldt ud og er genstand for en afgørelse truffet af den irske High Court (jf. betragtning 3), som fandt, at hverken artikel 85 eller artikel 86 var blevet overtrådt.

(275) Frysereksklusivitet er en kontraktmæssig praksis, der anvendes af de fleste isproducenter i alle dele af Fællesskabet. Lovligheden af denne praksis bestrides ikke blot af de to klagere i denne sag, men også af Mars i en supplerende klage vedrørende det tyske marked. Frysereksklusivitet på det britiske impulsismarked er ligeledes blevet behandlet i en nylig rapport fra Monopolies and Mergers Commission ([111]). Endelig har en tysk isproducent anmeldt en række standardaftaler om frysere til Kommissionen. Kommissionen er forpligtet til at tilkendegive sin holdning i forbindelse med sådanne anmeldelser. Under disse omstændigheder er en beslutning fra Kommissionen passende til at sikre, at Fællesskabets konkurrenceregler anvendes konsekvent på forskellige former for eksklusivitet, der praktiseres af isproducenter i hele Fællesskabet.

(276) I meddelelsen af 13. februar 1993 om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 anførte Kommissionen, at der normalt ikke vil være tilstrækkelig stor fællesskabsinteresse i at gå videre med en sag, hvis klageren vil kunne få sine rettigheder tilgodeset i tilstrækkeligt omfang ved de nationale domstole (i det mindste når disse

([109]) Se i denne forbindelse Kommissionens beslutning 88/589/EØF, London-European/Sabena — EFT L 317 af 24.11.1988, s. 47, og Kommissionens beslutning af 11. juni 1992 — B&I/Sealink — (ikke offentliggjort), Konkurrenceberetningen 1992, nr. 219 og [1992] 5 C.M.L.R. 255.

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

([111]) Rapport om forsyningen af is til omgående forbrug i Det Forenede Kongerige, april 1994.

domstole sideløbende har fået spørgsmålet forelagt, Retten i Første Instans i sag T-24/90 »Automec«) ([112]). Kommissionen har til hensigt at koncentrere sig om sager, der er af særlig politisk, økonomisk eller juridisk betydning for Fællesskabet.

(277) Når en sag er af en sådan betydning for Fællesskabet, kan Kommissionen selv træffe foranstaltninger, også selv om sagen allerede er indbragt for en national domstol. Når den skal træffe beslutning om, hvorvidt den skal gøre dette eller ej, går spørgsmålet om, hvorvidt sagen er af betydning for Fællesskabet, forud for det forhold, at den enkelte klager kan få sine rettigheder tilgodeset ved nationale sagsanlæg, eller at denne allerede har anlagt sag.

(278) Denne sag er af særlig politisk, økonomisk og juridisk betydning for Fællesskabet, idet den angår fundamentale spørgsmål omkring forretningsmetoder, som forekommer i hele Fællesskabet, ikke blot på ismarkedet, men også (som HB selv har påpeget) på mange andre områder, hvor leverandørerne stiller udstyr til rådighed for videreforhandlerne i forbindelse med salget af varerne. Sagen hører derfor til den kategori af sager, som Kommissionen fortsat selv vil undersøge, også selv om de nationale domstole allerede har afsagt dom i dem.

(279) I sin dom af 28. maj 1992 (jf. betragtning 3), henviste den irske High Court til Kommissionens beslutning om foreløbige foranstaltninger af 25. marts 1992 ([113]). High Court overvejede også muligheden for at henvende sig til Kommissionen samt muligheden for at henvise et spørgsmål til Domstolen i henhold til EF-traktatens artikel 177. High Court skønnede i dette spørgsmål, at ingen af disse muligheder var nødvendige for at afsige dom. Dette er ikke i modstrid med principperne om Kommissionens og de nationale domstoles sideløbende beføjelser med hensyn til anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86, at Kommissionen træffer en beslutning, som adskiller sig fra en dom afsagt af en national domstol, forudsat at der er tilstrækkelig stor fællesskabsinteresse i at gøre dette. Som allerede nævnt består denne interesse i den foreliggende sag i at afgøre fundamentale spørgsmål omkring forretningsmetoder, som forekommer i hele Fællesskabet.

(280) Hvad angår HB's betænkelighed ved modstridende beslutninger og den juridiske usikkerhed, der skulle kunne opstå som følge heraf, skal det påpeges, at det er op til Domstolen at give en endelig fortolkning af de berørte artikler i traktaten. Kommissionens beslutninger kan prøves ved Retten i Første Instans og til sidst, for så vidt angår retlige spørgsmål, ved Domstolen. I henhold til traktatens artikel 177 kan den irske højesteret (Supreme Court), som har fået forelagt en appel mod High Courts kendelse, ligeledes anmode Domstolen om at afgøre et præjudicielt spørgsmål —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Eksklusivitetsklausulen i de fryseraftaler, der er indgået mellem Van den Bergh Foods Limited og detailhandlere i Irland om opstilling af frysere i forretninger, der udelukkende har en eller flere frysere, som er stillet til rådighed af Van den Bergh Foods Limited til opbevaring af enkeltemballerede impulsisartikler, og som ikke har en eller flere frysere, der enten er anskaffet af dem selv eller stillet til rådighed af en anden isproducent end Van den Bergh Foods Limited, udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Artikel 2

Van den Bergh Foods Limited's begæring om fritagelse med hensyn til den i artikel 1 beskrevne eksklusivitetsklausul i henhold til EF-traktatens artikel 85, stk. 3, afvises.

Artikel 3

Van den Bergh Foods Limited's tilskyndelse af detailhandlere i Irland, der ikke har en eller flere frysere, som de enten selv har anskaffet, eller som er stillet til rådighed af en anden isproducent end Van den Bergh Foods Limited, til at indgå fryseraftaler med eksklusivitetsklausul ved at tilbyde at stille en eller flere frysere til rådighed for dem til opbevaring af enkeltemballerede impulsisartikler og at vedligeholde fryserne uden nogen direkte omkostninger udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 86.

([112]) Sml. 1992, s. II-2223.

([113]) Beslutninger i forenede sager IV/31.533 og IV/34.072 Langnese-Iglo & Schöller.

Artikel 4

Det pålægges Van den Bergh Foods Limited omgående at bringe de i artikel 1 og 3 omhandlede overtrædelser til ophør og at afholde sig fra at træffe foranstaltninger med samme formål eller virkning.

Artikel 5

Det pålægges Van den Bergh Foods Limited inden tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning at underrette de detailhandlere, med hvilke virksomheden i øjeblikket har fryseraftaler, der som omhandlet i artikel 1 udgør overtrædelser af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, om den fulde ordlyd af artikel 1 og 3 og meddele dem, at de pågældende eksklusivitetsklausuler er ugyldige.

Artikel 6

Denne beslutning er rettet til:

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

Udfærdiget i Bruxelles, den 11. marts 1998.

På Kommissionens vegne
Karel VAN MIERT
Medlem af Kommissionen