KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT

7. juli 1998 *

I sag T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, førhen HB Ice Cream Ltd, Dublin, ved solicitors Malcolm Nicholson og Michael Rowe, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Elvinger, Hoss og Prussen, 2, place Winston Churchill,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Barry Doherty og Wouter Wils, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning af 11. marts 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd),

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Retsforhandlinger

1 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 21. april 1998 har Van den Bergh Foods Ltd (herefter »Van den Bergh«), førhen HB Ice Cream Ltd (herefter »HB Ice Cream«) i medfør af EF-traktatens artikel 173, stk. 4, anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 11. marts 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd).

2 Ved særskilt dokument registreret på Rettens Justitskontor samme dag har Van den Bergh tillige i medfør af traktatens artikel 185 indgivet begæring om udsættelse af gennemførelsen af denne beslutning, indtil Retten har truffet afgørelse i realiteten, og subsidiært begæring i medfør af traktatens artikel 186 om, at Retten træffer andre rimelige og egnede foranstaltninger.

3 Ved begæringer registreret på Rettens Justitskontor henholdsvis den 4. og den 11. maj 1998 har Master Foods Ltd, der driver virksomhed under navnet Mars Ireland and Masterfoods (herefter »Mars«), Dublin, ved solicitor Philip G. H. Collins og Treats Frozen Confectionery Ltd (herefter »Treats«), Leeds (England), ved solicitor Alasdair Bell, begge med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Loesch og Wolter, 11, rue Goethe, anmodet om tilladelse til at intervenere i nærværende sag til støtte for Kommissionens påstande.

4 Begæringerne om intervention er blevet forkyndt for parterne i hovedsagen i overensstemmelse med procesreglementets artikel 116, stk. 1.

5 Ved telefax registreret på Rettens Justitskontor den 14. maj 1998 har Van den Bergh erklæret ikke at ville rejse indsigelse mod Mars' interventionsbegæring, men har rejst indsigelse mod Treats' intervention under påberåbelse af, at selskabet ikke har tilstrækkelig interesse i sagens udfald. Van den Bergh har anmodet om, at parterne, der har indgivet begæring om intervention, kun tilstilles en beskåret udgave af stævningen og af den anfægtede beslutning. Med henblik herpå har Van den Bergh opregnet de oplysninger, som efter selskabets opfattelse er hemmelige eller fortrolige.

6 Kommissionen har fremsat sine skriftlige bemærkninger til begæringen om foreløbige foranstaltninger den 13. maj 1998. Ved særskilte dokumenter registreret den 20. maj 1998 har den erklæret ikke at ville rejse indsigelse mod de to begæringer om intervention. Over for sagsøgerens anmodning om fortrolig behandling har Kommissionen udtrykt visse forbehold.

7 I skrivelser af 27. maj 1998 opfordrede Rettens Justitskontor parterne, der har indgivet begæring om intervention, til at give møde under retsmødet og meddelte dem de udgaver af begæringen om foreløbige foranstaltninger, der ikke var fortrolige, samt Kommissionens bemærkninger hertil.

8 Parterne har afgivet mundtlige indlæg den 9. juni 1998.

9 Mars og sagsøgeren har henholdsvis den 12. og 25. juni 1998 og den 23. og 24. juni 1998 tilsendt Rettens Justitskontor telefaxer med oplysninger om den retssag, der verserer for Supreme Court (Irland). Disse dokumenter er blevet meddelt de øvrige parter.

Faktiske omstændigheder

10 Van den Bergh, der er et helt ejet datterselskab af Unilever NV/plc, er den største producent af is i Irland, herunder af impulsis. Van den Bergh følger i Irland en politik, som indebærer, at der stilles frysere til rådighed for detailforretninger, der fører Van den Bergh's isprodukter med den klausul, at fryserne udelukkende må anvendes hertil.

11 I marts 1990 anlagde Mars sag ved High Court bl.a. med påstand om, det blev fastslået, at eksklusivitetsklausulen i aftalerne om at stille HB Ice Cream's frysere til rådighed var ugyldige i medfør af national ret og traktatens artikel 85 og 86. HB Ice Cream anlagde særskilt sag med påstand om nedlæggelse af forbud mod, at Mars tilskyndede detailhandlerne til at bryde eksklusivitetsvilkårene i aftalerne. I april 1990 tog High Court HB Ice Cream's påstand under hovedsagen til følge og nedlagde foreløbigt forbud herom.

12 Den 28. maj 1992 traf High Court afgørelse i realiteten i de to sager. Den frifandt sagsøgte i den af Mars anlagte sag, idet den fandt, at HB Ice Cream's politik med fryseeksklusivitet ikke var i strid med konkurrencereglerne hverken i national ret eller i fællesskabsretten. High Court gav HB Ice Cream medhold i påstanden om,

at det permanent forbydes Mars at tilskynde detailhandlerne til at opbevare Mars' isprodukter i HB Ice Cream's frysere.

13 Mars appellerede High Court's dom den 4. september 1992. Under den mundtlige forhandling for Supreme Court den 10. juni 1998 udtalte denne ret, at sagen rejste spørgsmål om fortolkning af traktaten, og oplyste, at den havde til hensigt at forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen i medfør af traktatens artikel 177. Den oplyste endvidere, at appellen ikke ville få opsættende virkning for High Court's forbud.

14 Samtidig med retssagen for de irske domstole indgav Mars den 18. september 1991 klage over HB Ice Cream til Kommissionen i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter »forordning nr. 17«). Mars klagede over, at HB Ice Cream forsynede et stort antal detailhandlere med frysere, der udelukkende måtte anvendes til varer af mærket HB Ice Cream.

15 Den 29. juli 1993 tilkendegav Kommissionen i en meddelelse til HB Ice Cream om klagepunkterne, at distributionsordningen var i strid med traktatens artikel 85 og 86.

16 Efter drøftelser med Kommissionen fremsatte HB Ice Cream, der dog stadig anfægtede Kommissionens synspunkter, en række forslag med henblik på at opnå fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. Den 8. marts 1995 blev forslagene anmeldt til Kommissionen, som i en pressemeddelelse den 10. marts 1995 gav udtryk for, at ændringerne umiddelbart forekom at opfylde betingelserne for fritagelse. Der blev derefter offentliggjort en meddelelse i medfør af artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 15. august 1995.

17 Da Kommissionen fandt, at de ændringer, der endelig var blevet foretaget ikke havde haft det forventede resultat med hensyn til at give fri adgang til salgsstederne, tilsendte den HB Ice Cream en ny meddelelse om klagepunkter den 22. januar 1997. HB Ice Cream fremførte sine synspunkter til de pågældende klagepunkter.

18 Den omtvistede beslutning af 11. marts 1998 har følgende indhold:

— Kommissionen udtaler, at eksklusivitetsklausulen i de fryseraftaler, der er indgået mellem Van den Bergh 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 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, udgør en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (artikel 1).

— Kommissionen afslår Van den Bergh's begæring om fritagelse i henhold til EF-traktatens artikel 85, stk. 3, med hensyn til den i artikel 1 beskrevne eksklusivitetsklausul (artikel 2).

— Kommissionen udtaler, at Van den Bergh'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 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 (artikel 3).

— Kommissionen pålægger Van den Berg 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 4).

— Kommissionen pålægger Van den Bergh inden tre måneder efter meddelelsen af beslutningen 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 5).

19 I beslutningen gennemgår Kommissionen den juridiske vurdering, der danner grundlag for anvendelsen af traktatens artikel 85.

20 Særligt anfører Kommissionen følgende (punkt 157 af betragtningerne til beslutningen):

»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 ... *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.«

21 Efter Kommissionens opfattelse (punkt 158-183 i betragtningerne) er det på grundlag af en markedsundersøgelse lidet sandsynligt, at detailhandlerne vil træffe nogen af disse foranstaltninger. Den udleder heraf, at de pågældende forretninger er bundet til sagsøgeren (punkt 184 i betragtningerne).

22 Det konstateres endvidere i beslutningen, at aftalerne ikke kan fritages i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, for så vidt som de ikke bidrager til en bedre fordeling af varerne (punkt 222-238 i betragtningerne), ikke sikrer forbrugerne en rimelig andel i fordelen herved (punkt 239 og 240 i betragtningerne), og ikke er nødven-

dige for at opnå den pågældende fordel (punkt 241 i betragtningerne), men giver HB Ice Cream muligheden for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af det pågældende marked (punkt 242-246 i betragtningerne).

23 Med hensyn til anvendelsen af traktatens artikel 86 er Kommissionen af den opfattelse, at sagsøgeren indtager en dominerende stilling på markedet for enkeltemballerede impulsisartikler i Irland.

24 Kommissionen anfører følgende (punkt 263 i betragtningerne):

»HB [Ice Cream] misbruger sin dominerende stilling på det relevante marked ... idet virksomheden tilskynder detailhandlere ... 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 [Ice Cream], 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.«

Retlige bemærkninger

Interventionsbegæringerne

25 De af henholdsvis Mars og Treats indgivne interventionsbegæringer skal behandles hver for sig.

26 Med hensyn til Mars' interventionsbegæring bemærkes det, at den omtvistede beslutning er afslutningen på den administrative procedure, Kommissionen indledte, efter at Mars den 18. september 1991 havde indgivet en klage, hvori Mars gjorde gældende, at den omstændighed, at HB Ice Cream stillede frysere til rådighed for et stort antal detailhandlere med en eksklusivitetsklausul for fryseren, og de vilkår, hvorpå fryserne blev stillet til rådighed for detailhandlerne, begrænsede konkurrencen og forhindrede Mars i at få adgang detailsalgsstederne med henblik på at distribuere sine impulsis i Irland. Det er i øvrigt ubestridt, at Mars aktivt har deltaget i den administrative procedure for Kommissionen. Som sagsøgeren endelig selv har fremhævet i sine indlæg, vedrører retstvisten mellem sagsøgeren og Mars, der stadig verserer for den nationale domstol, lovligheden af eksklusivitetsklausulen i aftalerne om at stille HB Ice Cream's frysere til rådighed i Irland i forhold til de fællesskabsretlige konkurrenceregler.

27 Mars findes herefter at have godtgjort at have en interesse i at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i nærværende sag om foreløbige forholdsregler.

28 Treats har i sin begæring om intervention i det væsentlige påberåbt sig to forhold til godtgørelse af en interesse i sagens udfald. For det første opererer Treats på markedet for impulsis i Storbritannien og i Nordirland og har i mange år forsøgt at komme ind på det irske marked. Forsøgene har imidlertid været forgæves på grund af det store antal detailhandlere, der er bundet af eksklusivitetsklausulen i fryseraftalerne med sagsøgerne. For det andet har Treats deltaget i den administrative procedure ved Kommissionen.

29 Sagsøgeren har rejst den indsigelse, at den ikke har kendskab til, at Treats skulle have gjort noget seriøst forsøg på komme ind på impulsismarkedet i Irland, og at Treats således ikke kan gøre gældende at have en interesse i afgørelsen i en sag vedrørende dette marked. Endvidere deltog Treats kun i begrænset omfang i den administrative procedure i Kommissionen og hørte fra marts 1995 op med at vise

interesse for sagen. Endelig vedrører den interesse, Treats kunne have i sagen, de betragtninger, der førte til beslutningen, og ikke retstvistens afgørelse.

30 Det bemærkes imidlertid, at selskabets salg til irske grossister er, som Treats har gjort gældende i sit mundtlige indlæg, blevet tredoblet fra 1994 til 1997, og at distributøren i Nordirland er begyndt at sælge på det irske marked. Endvidere er Treats' salg på det irske marked for størstedelens vedkommende impulsis.

31 Treats må herefter anerkendes at have en tilstrækkelig interesse i at intervenere til støtte for Kommissionens påstande i nærværende sag om foreløbige forholdsregler.

Anmodningen om fortrolig behandling

32 For så vidt angår sagen om foreløbige forholdsregler skal Van den Bergh's anmodning om fortrolig behandling af visse oplysninger efterkommes i det omfang, disse oplysninger umiddelbart forekommer at kunne anses for hemmelige eller fortrolige i procesreglementets artikel 116, stk. 2's forstand.

Begæringen om udsættelse af gennemførelsen

33 I henhold til traktatens artikel 185, jf. artikel 4 i Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1), som ændret ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8. juni 1993 (EFT L 144, s. 21) kan Retten, hvis

den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt.

34 I procesreglementets artikel 104, stk. 1, anføres det nærmere, at en begæring om udsættelse af gennemførelsen kun kan antages til realitetsbehandling, hvis den, der fremsætter begæringen, har anlagt sag til prøvelse af retsakten ved Retten. I artiklens stk. 2 bestemmes det, at en sådan begæring skal angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget (»fumus boni juris«). Den begærede forholdsregel skal endvidere være foreløbig, dvs. ikke foregribe afgørelsen af retlige eller faktiske tvistepunkter og ikke på forhånd ophæve virkningerne af den afgørelse, der senere skal træffes i hovedsagen (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl., Sml. I, s. 2165, præmis 22).

35 Det skal undersøges, om disse betingelser er opfyldt i den foreliggende sag.

Parternes argumenter

36 Sagsøgeren har anført, at den under hovedsagen har nedlagt påstand om annullation af den anfægtede beslutning, for så vidt som Kommissionen deri har konstateret en tilsidesættelse af traktatens artikel 85 og 86.

37 Sagsøgeren har bl.a. gjort gældende, at den anfægtede beslutning indeholder åbenbare fejl i vurderingen af de faktiske omstændigheder, der har medført en urigtig retlig bedømmelse. Sagsøgeren har bestridt Kommissionens påstand om, at eksklusivitetsklausulen i aftalerne om at stille frysere til rådighed medfører en afskærmning af det irske marked for impulsis.

38 Særligt var det forkert, at Kommissionen antog dels, at alle detailhandlere, der kun havde frysere fra HB Ice Cream, var »de facto bundet«, dels at det irske marked for impulsis i realiteten var »afskærmet«.

39 Med hensyn til de facto-bindingen har sagsøgeren anført, at aftalerne om at stille frysere til rådighed i praksis kan opsiges af detailhandleren uden varsel. Detailhandleren kan således beslutte at udskifte den fryser, HB Ice Cream har stillet til rådighed, med sin egen fryser eller en fryser, der tilhører en anden leverandør, eller endog med to mindre frysere, hvoraf den ene eller de begge kan tilhøre en anden virksomhed end HB Ice Cream. Endvidere har en detailhandler, der har en fryser fra HB Ice Cream, altid mulighed for at installere en anden fryser. Kommissionen har således anlagt en forkert bedømmelse af de muligheder, detailhandlerne har for at udskifte HB Ice Cream's frysere eller installere flere frysere. Kommissionen har derfor begået en fejl ved at konkludere (i punkt 184 i betragtningerne til beslutningen), at forretninger, hvor den eller de eneste frysere i forretningen er stillet til rådighed af HB Ice Cream, »de facto (kan) siges at være eksklusivt bundet til salg af HB [Ice Cream]'s impulsisprodukter«.

40 Med hensyn til graden af afskærmning af det pågældende marked har sagsøgeren bemærket, at ifølge beslutningen står forretninger, hvor den eller de eneste fryser(e) tilhører HB Ice Cream, for ca. 40% af markedet og for 40% af salget på det pågældende marked. Denne opgørelse er imidlertid ikke rigtig, idet den medtager forretninger, der skulle have været ladet ude af betragtning. Ifølge sagsøgerens beregninger var graden af afskærmningen af markedet i størrelsesordenen 6%.

41 Sagsøgeren har endvidere påberåbt sig fejl i forbindelse med anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1. Sagsøgeren har anført, at ifølge den kvalitative indgangsvinkel til anvendelsen af denne bestemmelse på vertikale aftaler, som High Court allerede har anlagt i sin dom af 28. maj 1992, kan eksklusivitetsbestemmelsen i aftalerne med detailhandlerne ikke være omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1. En kvantitativ indfaldsvinkel ville kunne føre til det samme resul-

tat. I den foreliggende sag er der ikke en tilstrækkelig, konkret konkurrencebegrænsning som fastlagt i retspraksis for, at traktatens artikel 85, stk. 1, skal anvendes (Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, Rettens domme af 8.6.1995, sag T-7/93, Langnese-Iglo mod Kommissionen, Sml. II, s. 1533, og sag T-9/93, Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 1611).

42 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at Kommissionen har anlagt en urigtig vurdering, da den afslog at yde sagsøgeren en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, eftersom de fire betingelser, der i henhold til denne bestemmelse gælder kumulativt, er opfyldt. Særligt er en sådan fritagelse normalt berettiget af hensyn til de fordele, der er forbundet med eksklusivitetsklausulen, nemlig begrænsning af omkostningerne ved distribution af is, geografisk udstrakt udbud af impulsis, stordrifsfordele ved indkøb og vedligeholdelse af frysere, forbedring af marketing, opnåelse af et mere synligt produkt og beskyttelse af produktets kvalitet. Kommissionen har selv tidligere anerkendt, at eksklusivitetsklausuler kan være nødvendige for at opnå de fordele, som aftalerne, sagsøgeren har indgået med sine detailhandlere, indebærer.

43 Også da Kommissionen anvendte traktatens artikel 86 på sagens faktiske omstændigheder, anlagde den en urigtig vurdering, idet den i det væsentlige tog udgangspunkt i, at aftalerne om at stille HB Ice Cream's frysere til rådighed havde en afskærmende virkning.

44 Med hensyn til spørgsmålet, om udsættelse af gennemførelsen er strengt nødvendig, har sagsøgeren gjort gældende, at hvis disse aftaler skulle bringes i overensstemmelse med den anfægtede beslutnings dispositive del, ville det medføre, at detailhandlerne straks eller hurtigt ville anbringe is fremstillet af andre producenter i frysere, som tilhører sagsøgeren, og som sagsøgeren vedligeholder. Dette ville påføre sagsøgeren et tab og en handelsmæssig udvikling, som det vil være umuligt for sagsøgeren senere at vende. Hvis de detailhandlere, der er umiddelbart berørt af beslutningen, vænnede sig til anbringe andre produkter i sagsøgerens frysere, ville sagsøgeren senere få enorme praktiske vanskeligheder ved igen at håndhæve eksklusivitetsklausulen i tilfælde af annullation af beslutningen under realitetsbehandlingen.

45 Endelig har sagsøgeren foretaget en afvejning af de foreliggende interesser, dvs. dels af det tab, sagsøgeren kan påføres, hvis beslutningen gennemføres, dels af Kommissionens interesse i bringe den overtrædelse af konkurrencereglerne, som den mener foreligger, til ophør. I de skriftlige indlæg har sagsøgeren særligt fremhævet, at der af Supreme Court i medfør af traktatens artikel 177 kan blive forelagt et præjudicielt spørgsmål for Domstolen om, hvorvidt eksklusivitetsklausulen i de aftaler, sagsøgeren har indgået med detailhandlere, er forenelig med traktatens bestemmelser. Hvis beslutningens gennemførelse ikke udsættes, vil det endvidere kunne bevirke en undergravning eller endog give mulighed for omgåelse af retsvirkningerne af High Court's kendelse, der har fuld retskraft.

46 Kommissionen er af den opfattelse, at begæringen om udsættelse af gennemførelsen skal afvises, i det omfang den vedrører beslutningens artikel 1-3, eftersom disse bestemmelser ikke kan gennemføres.

47 Under henvisning til beslutningens ordlyd har Kommissionen i øvrigt påpeget, at det ikke i beslutningen anføres, at det i sig selv er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, at behæfte fryserne med en eksklusivitetsklausul. I den særlige situation på markedet for konsumis i Irland vil aftaler, der tilsyneladende kun indeholder en eksklusivitetsbetingelse gældende for fryserne, kunne bevirke, at der de facto pålægges salgsstederne en eksklusivitetsklausul (jf. ovennævnte domme i sagerne Langnese-Iglo mod Kommissionen og Schöller mod Kommissionen). Salgsstederne, der de facto er bundet af eksklusivitetsklausulen, udgør mindst 40% af markedet og står for 40% af salget på det pågældende marked. Hovedelementet i dens vurdering var således den økonomiske virkning af aftalen. I den forbindelse har Kommissionen bestridt, at graden af afskærmning af markedet skulle kunne ansættes til 6% som hævdet af sagsøgeren.

48 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den på ingen måde er bundet af den dom, High Court har afsagt i sagen mellem sagsøgeren og Mars under anvendelse af fællesskabsretten. Dommen er afsagt på grundlag af den situation, der bestod i 1992, mens den anfægtede beslutning inddrager en undersøgelse af markedet fra 1996 og dele af markedet i 1997. Endvidere ændrede sagsøgeren mellem

1992 og 1997 den ordning, High Court havde undersøgt, og Kommissionen tog med henblik på sin vurdering hensyn til dommene i sagen Langnese-Iglo mod Kommissionen og i sagen Schöller mod Kommissionen, som Retten afsagde i 1995.

49 Med hensyn til anvendelsen af traktatens artikel 86 har Kommissionen primært henvist til, at begrebet misbrug er et objektivt begreb.

50 Kommissionen har i øvrigt bestridt alle sagsøgerens anbringender og argumenter og konkluderer, at sagsøgeren under hensyn til retspraksis ikke har godtgjort, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget.

51 Den gør gældende, at sagsøgeren ikke har godtgjort uopsættelighedeu eller det påståede tab, der skulle være forvoldt ved tabt omsætning. For så vidt angår tabet i forbindelse med den fordel, Van den Bergh's konkurrenter får, er Kommissionen af den opfattelse, at sagsøgeren på forskellige måder vil kunne genindvinde sin investering hos detailhandlerne. Endelig fremgår det ikke af den foreliggende sag, at sagsøgeren ville blive udsat for en situation, der kunne bringe selve sagsøgerens eksistens i fare eller uopretteligt ændre sagsøgerens markedsandele, hvis beslutningens gennemførelse ikke blev udsat (jf. bl.a. kendelse afsagt af Rettens præsident den 7.11.1995, sag T-168/95 R, Eridania m.fl. mod Rådet, Sml. II, s. 2817, præmis 42).

52 I de skriftlige og mundtlige indlæg har Mars gjort gældende at have en umiddelbar interesse i at konkurrere med Van den Bergh på markedet for de pågældende produkter. Mars er af den opfattelse, at Retten under en sag om foreløbige forholdsregler skal inddrage forbrugernes, detailhandlernes og leverandørernes interesser i sin vurdering.

53 Treats er af den opfattelse, at det er strengt nødvendigt, at beslutningen straks gennemføres, således at de strukturelle hindringer for adgang til det irske marked for de pågældende produkter fjernes.

Rettens bemærkninger

— Spørgsmålet, om den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget

54 Det konstateres, at parterne er grundlæggende uenige om de reelle vilkår for adgang til det pågældende marked og om graden af afskærmning af markedet. Sagsøgeren har bestridt, at detailhandlerne skulle være »de facto bundet«, når de kun har fået frysere stillet til rådighed af sagsøgeren, og at det irske marked for impulsis i realiteten skulle være »afskærmet«.

55 Med hensyn til det andet stridspunkt har sagsøgeren fremhævet, at når ca. 40% af alle salgssteder kun har frysere, som sagsøgeren har stillet til rådighed, betyder det ikke, at konkurrenterne derfor ikke kan få adgang til 40% af salgsstederne. Da Kommissionen beregnede graden af afskærmning af markedet, begik den navnlig den fejl at medregne alle de salgssteder, der har mindst to frysere, når det er klart, at dette er salgssteder, der har plads nok til at anbringe en fryser, der tilhører detailhandleren selv eller en anden leverandør.

56 Det bemærkes, at hvis Retten skulle fastslå, at Kommissionen har begået en fejl ved vurderingen af graden af afskærmning af markedet, ville det have afgørende betydning for vurderingen af omfanget af begrænsningen af konkurrencen på dette marked i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.

57 Sagsøgerens argumentation vedrørende graden af afskærmning af markedet kræver derfor en grundig undersøgelse. En sådan undersøgelse kan imidlertid ikke foretages inden for rammerne af en sag om foreløbige forholdsregler.

58 For så vidt som fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, afhænger af en forudgående vurdering i medfør af artikel 85, stk. 1, tilkommer det heller ikke Retten under en sag om foreløbige foranstaltninger at tage stilling til argumentationen for, at betingelserne for fritagelse skulle være opfyldt.

59 Ved en umiddelbar gennemgang af beslutningen fremgår det endvidere, at den vurdering, Kommissionen har anlagt af sagsøgerens adfærd i medfør af traktatens artikel 86, har en meget nær forbindelse til vurderingen i medfør af artikel 85, stk. 1, af de aftaler, HB Ice Cream har indgået om distribution af sine impulsis i Irland, i henhold til hvilke HB Ice Cream skal opstille frysere på salgssteder, der sælger HB Ice Cream's produkter, mod overholdelse af en eksklusivitetsklausul. Kommissionens vurdering i medfør af traktatens artikel 86 hviler på følgende grundlag: »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 af aftaler indgået af denne operatør) en uacceptabel hindring for adgangen til markedet ...« (punkt 265 til betragtningerne). Påstanden om, at der er tale om eksklusiv levering, bygger på den betragtning, at det ville være yderst vanskeligt at overtale detailhandlerne til at udskifte de frysere, der allerede er installeret af HB Ice Cream, med en fryser fra et andet sted eller til at installere nye. Denne præmis drages imidlertid netop i tvivl af sagsøgeren, når sagsøgeren anfægter Kommissionens vurdering i beslutningen af de faktiske vilkår for at få adgang til det pågældende marked og af graden af afskærmning af markedet.

60 Endelig fremgår det, at der for den kompetente nationale ret er rejst spørgsmål om lovligheden i henhold til traktatens artikel 85 og 86 af eksklusivitetsklausulen i de aftaler, sagsøgerne har indgået med detailhandlerne om at stille frysere til rådighed.

I dom af 28. maj 1992 fandt den, at eksklusivitetsklausulen ikke var i strid med hverken traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86.

61 Herefter findes sagsøgerens anbringender ikke umiddelbart at forekomme grundløse.

— *Spørgsmålet om uopsættelighed*

62 Det fremgår af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt uopsættelighedsbetingelsen i forbindelse med en begæring om udsættelse af gennemførelsen er opfyldt, skal vurderes på baggrund af nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab. Det er i den forbindelse — og særligt når en lang række faktorer skal være til stede for, at tabet kan forvoldes — tilstrækkeligt, at tabet kan forudses med en tilstrækkelig grad af sandsynlighed (jf. bl.a. Domstolens kendelse af 29.6.1993, sag C-280/93 R, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 3667, præmis 32 og 34).

63 Hvis den omtvistede beslutning i den foreliggende sag gennemføres straks, indebærer det, at den omstridte eksklusivitetsklausul påhvilende de frysere, der er installeret i de af beslutningens artikel 1 omfattede salgssteder, ophæves. Det indebærer således, at der rejses tvivl om en distributionsordning, der har været anvendt på det irske marked i en længere årrække. Hvis beslutningens gennemførelse ikke udsættes, vil Van den Bergh's konkurrenter på det pågældende marked, såsom Mars og Treats, straks bestræbe sig på at sælge deres produkter på de salgssteder, der førhen var mindre tilgængelige, og få dem til at udstille varerne i de frysere, der tilhører sagsøgeren. Det er herved relevant, at salget af de pågældende produkter er sæsonbetonet, idet de hovedsageligt sælges i sommerperioden.

64 Det vil således være alvorligt og uopretteligt for sagsøgeren, hvis der rejses tvivl om sagsøgerens distributionsordning som følge af ophævelse af eksklusivitetsklausulen.

65 For det første vil det økonomiske tab, Van den Bergh vil lide, hvis Retten annullerer beslutningen, være vanskeligt at opgøre med henblik på erstatning, idet sagsøgeren ikke tilstrækkeligt præcist vil kunne afgøre, i hvilket omfang den konstaterede nedgang i salget skyldes en øget konkurrence på markedet eller klimatiske tilfældigheder i højsæsonen.

66 Hvis beslutningen straks gennemføres, vil det for det andet kunne medføre en udvikling på markedet, som der er alvorlig grund til at antage, at det ville være særdeles vanskeligt eller endog umuligt at vende senere, hvis sagsøgeren får medhold i hovedsagen. Retten finder, at sagsøgeren med rette har påberåbt sig, at det, efter at Retten har annulleret beslutningen, vil være yderst vanskeligt for sagsøgeren at gennemføre, at detailhandlerne igen overholder eksklusivitetsklausulen efter en periode på flere måneder, hvor detailhandlerne har solgt andre produkter udstillet i sagsøgerens frysere.

67 Udsættelse af gennemførelsen af den omtvistede beslutning vil dog samtidig kunne bidrage til en konsolidering af den nuværende markedsstruktur og derved forhindre konkurrenterne til Van den Bergh, herunder Mars og Treats, i at sælge deres produkter fra salgssteder, som tilhører detailhandlere, der er bundet af den omtvistede eksklusivitetsklausul.

68 Under disse faktiske og retlige omstændigheder skal Retten foretage en afvejning af de foreliggende interesser, herunder den interesse, som Kommissionen har i at genoprette en effektiv konkurrence.

69 Der skal således foretages en afvejning af den risiko, sagsøgeren løber ved, at distributionsordningen ændres, på den ene side og Kommissionens interesse i straks at bringe den overtrædelse af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, som den mener foreligger, til ophør på den anden side. Det skal fremhæves at indføjelse af en eksklusivitetsklausul i aftaler om levering af frysere, som Kommissionen har kritiseret, længe har været fast praksis på det pågældende marked. Når den administrative procedure, der førte til vedtagelsen af den omtvistede beslutning, endvidere var så langvarig, skyldtes det delvis Kommissionens forsøg på at få sagsøgeren til at ændre aftalerne med detailhandlerne om distribution af impulsis på baggrund af klagerne over sagsøgeren. Efter tilsendelsen af den første meddelelse om klagepunkter i juli 1993, hvori Kommissionen foreløbigt konkluderede, at den daværende distributionsordning var i strid med traktatens artikel 85 og 86, påtog sagsøgeren sig en række forpligtelser, der blev meddelt Kommissionen i marts 1995 med henblik på at opnå fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3. Som følge af disse forpligtelser påtænkte Kommissionen at træffe en beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, og offentliggjorde i august 1995 en meddelelse i EF-Tidende i medfør af artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17. Det var således kun, fordi Kommissionen fandt, at de foretagne ændringer alligevel ikke havde ført til de påtænkte resultater med hensyn til adgang til salgsstederne, at den i januar 1997 tilsendte sagsøgeren en ny meddelelse om klagepunkterne. Kommissionen kan således ikke påberåbe sig, at det er uopsætteligt nødvendigt straks at gennemføre beslutningen.

70 Det skal endvidere tages i betragtning, at den nationale ret, der behandler sagen anlagt af Mars mod sagsøgeren, har udtalt, at sagsøgerens distributionsordning ikke var i strid med bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 og har nedlagt endeligt forbud over for Mars. Dommen, der blev afsagt af High Court den 28. maj 1992, er på nuværende tidspunkt under behandling i Supreme Court. Under den mundtlige forhandling den 10. juni 1998 fastslog Supreme Court, at der forelå en række spørgsmål om fortolkning af traktaten i sagen, oplyste, at den havde til hensigt at forelægge sagen for Domstolen i medfør af traktatens artikel 177, og ophævede ikke det endelige forbud over for Mars. Det må derfor konstateres, at der tilsyneladende er modstrid mellem Kommissionens og den nationale rets anvendelse af traktatens artikel 85 og 86.

71 Selv om Kommissionen er ansvarlig for gennemførelsen og fastlæggelsen af den fælles konkurrencepolitik, har den ikke en eksklusiv kompetence til at anvende artikel 85, stk. 1, og artikel 86, men deler sin beføjelse til at anvende disse bestemmelser med de nationale retter (Delimitis-dommen, præmis 44 og 45). I den foreliggende sag er det en konsekvens af kompetencedelingen ved anvendelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, at Kommissionens beslutning af 11. marts 1998 er kommet i modstrid med dommen, High Court afsagde i 1992.

72 Da denne modstrid gør indgreb i det almindelige retssikkerhedsprincip, skal de negative virkninger heraf begrænses mest muligt. Under de ganske særlige omstændigheder i den foreliggende sag må Retten ikke under afventning af den dom, Retten skal afsige i realiteten, foregribe retssagen for den nationale ret, navnlig når den nationale ret for det første allerede har oplyst, at den har til hensigt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål, for at sagen kan blive behandlet i overensstemmelse med fællesskabsretten, og for det andet ikke har ophævet det endelige forbud.

73 Under hensyn hertil kan Kommissionens interesse i at bringe overtrædelsen til ophør ikke veje tungere end sagsøgerens interesse i at undgå risikoen for at bringe den eksisterende ordning i fare og hensynet til at begrænse virkningerne af modstridende anvendelse af traktatens bestemmelser, inden Retten har kunnet træffe afgørelse i realiteten.

74 Sammenfattende må det fastslås, at hvis den omtvistede beslutning bringes i anvendelse straks, mens sagen behandles i realiteten, indebærer det en risiko for at forvolde sagsøgeren et alvorligt og uopretteligt tab, men også for at skabe en situation med retlig usikkerhed. Den omstændighed, at Van den Bergh's konkurrenter på markedet har vanskeligheder ved at få distribueret deres produkter på grund af de påståede strukturelle hindringer kan ikke veje tungere end de nævnte risici.

75 Herefter findes en interessecafvejning at måtte føre til, at beslutningens gennemførelse skal udsættes.

76 Under hensyn til de særlige omstændigheder i sagen findes de ovennævnte risici (præmis 74) at udgøre en grundlæggende hindring for, at den beslutning, hvis gennemførelse er begæret udsat, straks gennemføres, og Kommissionens indsigelse om, at udsættelsen kun kan vedrøre beslutningens artikel 1, 2 og 3, findes derfor ikke at kunne tages til følge.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

1) Det tillades Master Foods Ltd og Treats Frozen Confectionery Ltd at indtræde i sag T-65/98 R til støtte for Kommissionens påstande.

2) De af Van den Bergh Foods Ltd fremsatte begæringer om fortrolig behandling af visse oplysninger i begæringen om udsættelse af gennemførelsen og i Kommissionens beslutning af 11. marts 1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 (IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 — Van den Bergh Foods Ltd) tages til følge under behandlingen af begæringen om foreløbige forholdsregler.

3) Gennemførelsen af Kommissionens nævnte beslutning udsættes, indtil Retten afsiger dom i hovedsagen.

4) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

Således bestemt i Luxembourg den 7. juli 1998.

H. Jung

Justitssekretær

B. Vesterdorf

Præsident